UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE
L'EXCEPTION DE JEU

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 30 novembre 1898,
à 2 heures, dans la salle des actes publics de la Faculté

PAR

Eugène GONTIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

POITIERS
SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'IMPRIMERIE ET DE LIBRAIRIE
TYPOGRAPHIE OUDIN ET Cie
4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1898

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547313_0018

THÈSE DE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. LE COURTOIS (✻, I ⚜), Doyen, Professeur de Droit civil.
DUCROCQ (O. ✻, I ⚜), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.
THÉZARD (I ⚜), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.
ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ⚜), Professeur de Droit civil.
NORMAND (I ⚜), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.
PARENTEAU-DUBEUGNON (I ⚜), Professeur de Procédure civile.
ARTHUYS (I ⚜), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.
BONNET (I ⚜), Professeur de Droit romain.
PETIT (I ⚜), Professeur de Droit romain, chargé des Cours de Science et Législation financières et de Pandectes (Doctorat).
BARRILLEAU (I ⚜), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.
N... Professeur d'Economie politique.
SURVILLE (I ⚜), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.
PRÉVOT LEYGONIE (A. ⚜), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), de Principes du Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat), chargé du Cours de Droit international public (2e année).
MICHON, Professeur adjoint, chargé des Cours d'Histoire générale du Droit français et d'Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).
CHÉNEAUX, Agrégé, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.
GIRAULT (A. ⚜), Agrégé, chargé du Cours d'Economie politique et du Cours de Législation et Economie coloniales.
AUDINET, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-Marseille, chargé des fonctions d'agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers.
ISAMBERT, Chargé de conférences.
ROCHE (I ⚜), Secrétaire.
COULON (I ⚜), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. SURVILLE, *professeur*.
Suffragants : MM. ARTHUYS, *professeur*. AUDINET, *agrégé*.

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DE
L'EXCEPTION DE JEU

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 30 novembre 1898,
à 2 heures, dans la salle des actes publics de la Faculte

PAR

Eugène GONTIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

POITIERS
SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'IMPRIMERIE ET DE LIBRAIRIE
TYPOGRAPHIE OUDIN ET Cie
4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1898

DE L'EXCEPTION DE JEU

INTRODUCTION HISTORIQUE

Les législateurs ont toujours considéré le jeu comme dangereux ; aussi, suivant les époques et les civilisations, a-t-il été prohibé plus ou moins énergiquement.

A l'origine, la sanction est avant tout pénale. Il en est ainsi dans le droit romain très ancien. Puis, dans les civilisations plus avancées, elle change de nature ; à côté de la sanction répressive apparaît la sanction civile. Les pénalités édictées contre les joueurs ne tiennent plus une place prépondérante dans la législation ; encore faut-il pour que les peines soient applicables que de très nombreuses conditions soient réunies. C'est ce que nous voyons dans le droit romain de l'époque classique et dans notre droit moderne (art. 475-5° C. P. art. 4 *in fine* l. 27 mai 1885).

En droit romain, à l'époque classique, la sanction civile de la prohibition du jeu consistait dans le refus de toute

action au gagnant pour obtenir la remise de l'enjeu et dans le droit pour le perdant de répéter ce qu'il a payé.

Ce refus de toute action au gagnant existe encore dans notre droit actuel (art. 1965). On l'appelle couramment, en employant une formule vieillie qui remonte à la procédure du droit romain classique, l'exception de jeu accordée par la loi au perdant défendeur.

C'est cette exception de jeu que nous nous proposons d'étudier dans ses origines, dans sa nature et dans son fonctionnement. Elle a d'autant plus d'importance dans notre droit que la répétition n'est plus admise, comme elle l'était en droit romain lorsque le perdant avait payé volontairement la dette de jeu.

DROIT ROMAIN.

A Rome, les jeux semblent de tout temps avoir été très pratiqués. Pour les alimenter, les premiers joueurs se fatiguèrent bien vite de l'emploi des lupins en guise d'argent et, dès la fin de la République, la passion du jeu est poussée très loin. Il suffit, en effet, pour s'en rendre compte, de se rappeler les paroles véhémentes de Cicéron contre les joueurs et les efforts impuissants du poète Virgile qui, en faisant l'éloge des jeux permis officiellement, comme la course, le saut, etc., croyait détourner la jeunesse romaine des tripots où elle s'enfermait pour se livrer aux jeux honteux et illicites.

Ces mœurs appelaient donc une réglementation, des prohibitions. Pour atteindre ce but, la législation romaine n'a

pas cherché tout de suite dans l'exception de jeu un moyen efficace. Elle a d'abord laissé de côté la sanction civile et s'est adressée à la sanction pénale, croyant trouver dans cette dernière un remède suffisant au mal dont souffrait le peuple romain.

Historiquement, en effet, l'exception de jeu n'apparaît qu'assez tard, après d'autres mesures de protection. Elle était inconnue à l'époque des actions de la loi. Elle ne pouvait se concilier avec leurs rites solennels arrêtés à l'avance et immuables. Elle est alors remplacée par d'autres moyens que nous ne ferons que signaler. Il règne, du reste, sur cette partie du droit romain une obscurité assez grande, dans laquelle se sont agités les amateurs de conjectures qui n'ont, comme cela arrive souvent, apporté qu'une faible lumière en cette matière.

Un des premiers moyens pour enrayer le jeu fut fourni par un Judicium privatum, organisé par une Lex alearia, dont parle Plaute sous le nom de Talaria.

Il la signale comme relativement récente. Le Miles gloriosus ayant été composé entre 550 et 568 depuis la fondation de Rome, on peut en conclure que cette loi n'est pas antérieure au début du VI^e^ siècle. C'était vraisemblablement un plébiscite. Du reste, on sait fort peu de chose sur cette Lex Talaria. Elle organisait probablement une action pénale contre le gagnant qui avait obtenu le paiement de l'enjeu. Il était condamné à rendre le quadruple de cet enjeu.

Cette action pénale créée par la Lex Talaria ne donnait pas satisfaction absolue au perdant; elle ne constituait pas pour lui une garantie suffisante. Comme toutes les actions

pénales, elle devait être strictement personnelle ; elle ne devait se transmettre activement ou passivement, ni aux héritiers du perdant, ni contre les héritiers du gagnant. En outre, le débiteur, craignant la vengeance du créancier, pouvait hésiter à s'en servir. Cette dernière considération amena à accorder une action à toute personne qui voudrait l'intenter, dans le cas où celui qui y était intéressé renoncerait à en faire usage.

Une loi créa donc une action populaire. Cette loi est la Lex quæ de alea est, dont nous parle Cicéron dans ses *Philippiques*.

« Licinium Denticulam de alea condemnatum collusorem suum restituit ; quasi vero ludere cum condemnato non liceret; sed ut quod (ille) in alea perdiderat beneficio legis dissolveret... Hominem omnium nequissimum qui non dubitaret vel in foro alea ludere, lege quæ est de alea condemnatum, qui in integrum restituit, is non apertissime studium suum ipse profitetur. »

On ignore quelle était au juste la nature de cette action populaire créée par la Lex quæ de alea est, ainsi que le montant de la condamnation prononcée contre le défendeur. On est réduit à des conjectures dans l'étude desquelles nous n'avons pas à entrer.

A côté de la loi Talaria et de la Lex quæ de alea est, figurent d'autres dispositions législatives sur la portée desquelles on ne s'accorde pas... C'est, par exemple, un sénatus-consulte dont parle la l. 2, § 1 Dig. de aleat. On a dit que ce sénatus-consulte semblait avoir pour but principal de déroger aux prohibitions de jouer de l'argent contenues dans les lois précédentes, en faveur de certains

jeux d'adresse utiles au développement des forces physiques, comme le tir à l'arc, les courses, etc...

On a prétendu aussi que ce sénatus-consulte ne faisait qu'un avec la loi Talaria dont parle Plaute et la Lex quæ de alea est, signalée par Cicéron.

Le seul point certain de ce sénatus-consulte, c'est la défense formelle de jouer de l'argent : « vetuit in pecuniam ludere ». Exception est seulement faite pour certains jeux « ubi pro virtute certamen fit ».

Enfin on peut encore citer les lois Titia Publicia et Cornelia, sur lesquelles on a cherché en vain à faire un peu de lumière.

En somme, au moment où le préteur va créer l'exception de jeu, la législation romaine relative aux jeux peut se résumer ainsi. Il est permis de jouer de l'argent à l'occasion des jeux « ubi pro virtute certamen fit ». Les autres jeux sont interdits. Ils donnent lieu à un judicium publicum et à un judicium privatum entraînant condamnation au quadruple.

Mais à côté de la sanction pénale nous allons voir surgir la sanction civile. Elle sera personnifiée dans l'exception de jeu qui fut une création du préteur.

Plaçons nous donc d'abord, pour l'étudier, à l'époque classique. Nous envisagerons ensuite le droit de Justinien.

I. *Epoque classique.* — L'exception de jeu nous est révélée par un texte de Paul. Le voici : « Si in alea res vendam ut ludam, et evicta re, conveniar, exceptione summovebitur emptor » (1).

(1) Ad. Edictum (l. 2, § 1, *D. Q. rerum act. non dut.*).

Ceci posé, de deux choses l'une: ou le gagnant disait au magistrat à qui il demandait la délivrance d'une formule, qu'il voulait poursuivre son débiteur à raison d'une créance de jeu, et l'action lui était refusée ; ou bien il se contentait d'affirmer sa qualité de créancier, sans expliquer dans quelles circonstances le contrat avait eu lieu, et le débiteur devait alors faire insérer dans la formule l'exception « ni in ea re aliquid alea gestum sit ». Cette exception, variété de l'exception générale « nisi aliquid contra legem vel senatusconsultum factum », était perpétuelle. Elle était péremptoire et avait pour résultat de faire repousser pour le tout l'action du demandeur, peu importe que ce fût une action de bonne foi comme l'actio empti, ou une action de droit strict comme la condictio certæ pecuniæ, née de la stipulation. D'ailleurs, le procédé le plus simple pour sanctionner la convention de jeu, le pactum de alea, était l'emploi de la stipulation.

Lorsque le perdant se trouvait ainsi obligé ex stipulatu, tant qu'il n'avait pas volontairement exécuté son obligation, il pouvait donc à la condictio certæ pecuniæ du gagnant opposer l'exception « ni in ea re aliquid alea gestum sit ». L'utilité de cette exception apparaît ici comme un moyen de défense ; mais si le perdant a payé ce qu'il devait, l'exception ne lui sert plus de rien.

Toutefois la stipulation n'était pas le seul procédé en usage. Ainsi les parties dissimulaient parfois l'opération sous une vente. Tant que le vendeur n'avait pas exécuté son obligation de transférer la propriété de l'objet vendu qui constituait l'équivalent de l'enjeu, il était alors protégé contre l'actio empti du gagnant par l'exception ; mais une

fois son obligation exécutée, il semble que l'exception ne lui fut plus d'aucune utilité. Il n'en était rien. En effet, l'acheteur gagnant pouvant être évincé, parce que le perdant lui avait vendu, par exemple, la chose d'autrui, il pouvait recourir contre lui en garantie. Or en pareil cas, à l'actio empti était opposée avec succès l'exception de jeu. C'est l'hypothèse un peu compliquée qui est prévue par le texte de Paul précité.

On peut ajouter que l'exception de jeu ne pouvait être opposée qu'autant que l'action avait son origine immédiate dans le jeu. En d'autres termes, c'est l'action en réclamation de l'enjeu qui était seule repoussée par l'exception. Voici l'intéret de cette remarque. L'édit du préteur, montrant une séverité extrême pour les susceptores aleæ, les entrepreneurs de jeux, nous dirions aujourd'hui les croupiers, s'ils avaient, à la suite de rixes de jeu, subi quelques dommages ou s'ils avaient été volés, le préteur leur refusait l'actio legis Aquiliæ ou l'actio furti. Mais si l'un des joueurs avait eu à souffrir de la querelle, s'il y avait eu à son égard damnum injuria datum, pouvait-il se voir refuser l'action ou tout au moins se voir opposer l'exception « ni in ea re quid alea gestum est » ? Non, répond le jurisconsulte Paul. Il ne s'agit pas là d'une dette de jeu.

Tel était, en résumé, le domaine de l'exception de jeu et son utilité pour le débiteur. Elle correspond assez à notre exception de jeu moderne, dans les faits tout au moins, car en théorie il y a une différence fondamentale entre elles.

Notre loi refuse en effet toute action pour les dettes de

jeu. Du moment où il sera prouvé qu'il s'agit d'une dette de cette nature, le juge n'aura pas à tenir compte de la prétention du demandeur.

En droit romain, au contraire, le demandeur avait bien une action, seulement cette action était rendue inefficace par une exception perpétuelle ; mais le juge ne pouvait pas suppléer à cette exception. Il fallait que le débiteur s'en fût prévalu expressément, qu'il l'eût fait insérer dans la formule, pour pouvoir faire repousser la demande du créancier.

En somme, le joueur malheureux semble a priori moins bien protégé à Rome qu'il ne l'est chez nous. Il n'en est rien cependant. Sans doute notre code civil refuse l'action en justice au gagnant, tandis que le droit romain n'accordait au débiteur poursuivi en justice qu'un moyen de défense prétorien : mais il n'y a là qu'une apparence.

Tout d'abord, il convient de remarquer que la simple convention de jeu n'est pas en droit romain par elle-même obligatoire. Elle n'a pas de valeur juridique ; elle ne donne pas naissance à une action, car « nuda pactio obligationem non parit ». A cet égard, dans bien des cas la situation du joueur sera donc la même qu'en droit français : le joueur n'aura pas d'action. Mais ce en quoi le droit classique va plus loin que le droit français moderne, c'est quand il admet que le paiement volontaire fait par le perdant est sans valeur.

Ce paiement donne en effet naissance en droit romain à une action en répétition, à une condictio.

Ainsi donc : il y a d'une part exception perpétuelle de jeu, et d'autre part droit de répéter ce qui a été payé soit

volontairement, soit sur l'action en justice du créancier.

Mais quelle est au juste cette condictio accordée au perdant pour repéter ce qu'il a payé, condictio à laquelle font allusion les lois 1, 2, 4 D. liv. XI, tit. V? Est-ce une condictio indebiti ?

Rappelons, à l'effet de résoudre cette question, les deux éléments indispensables pour qu'il y ait place à cette condictio.

Il faut, d'une part, qu'il y ait indebitum solutum, et d'autre part, paiement fait par erreur.

Quand d'abord y a-t-il indebitum solutum? Il en est ainsi dans plusieurs hypothèses dont nous n'avons pas à faire l'étude dans les détails qu'elles comportent. Il en est ainsi d'abord, quand entre les parties il n'existe aucune dette. Une dette chimérique ou putative ayant été soldée, l'indebitum se réalise de la façon la plus parfaite (266 Fg. vat.).

Il y a encore indebitum quand la dette qui paraît exister d'après les règles du droit civil, est repoussée par le droit naturel et se trouve paralysée par une exception perpétuelle, exception presque toujours fondée sur le conflit entre le droit civil et le droit d'équité (§ 266 Fg. vat.).

Ajoutons que l'exception perpétuelle et même parfois temporaire ne doit laisser subsister après elle aucune obligation naturelle de la part de celui qui paie. (L. 40 D. liv. XII, tit. VI, et L. 10, XLIV, tit. VII. L. 64, XII, tit. VI.)

En somme, la notion de l'indebitum peut se ramener à une idée fort simple. La voici : Pour savoir s'il y a ou non indebitum solutum, il faut se placer au point de

vue du droit naturel et négliger les décisions du droit civil.

Mais passons au deuxième élément nécessaire pour qu'il y ait répétition de l'indû. Ce second élément est l'erreur. Il faut qu'il y ait eu « solutio per errorem », et celui qui paie sachant qu'il n'est pas débiteur fait une donation. (L. 53 D. L. 50, tit. XVII.)

Telles sont les deux conditions qui doivent concourir pour qu'il puisse y avoir lieu à la condictio indebiti. Or dans notre espèce, lorsqu'il s'agit de dette de jeu, la répétition est possible, même au cas de paiement volontaire. Cela prouve que la dette de jeu ne crée pas d'obligation naturelle en droit romain, et que la condictio donnée n'est pas une condictio indebiti.

Est-ce une condictio ob turpem causam? Les jurisconsultes romains distinguent à ce sujet les hypothèses où la causa est turpis pour l'un seulement des contractants de celle où elle l'est pour l'une et l'autre des parties.

Si une personne a remis, par exemple, quelque chose à une autre pour qu'elle ne lui fasse pas une injure, il n'y a turpis causa que du côté de cette dernière, l'autre a droit de répéter ce qu'elle lui a remis : « Quotiens autem solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait repeti posse veluti si tibi dedero ne mihi injuriam facias (1) ».

Mais il peut y avoir turpis causa pour l'une et pour l'autre des parties. En pareil cas, le principe général est que la répétition n'est pas admise : « In pari causa turpitudinis cessat repetitio. »

(1) (D. L. 12, tit. v, f. 4, 2.)

Dès lors, il semblerait logique de transporter cette solution en matière de jeu. Le perdant n'est pas, à première vue, plus sympathique que le gagnant. Toutefois, l'application de cette règle aurait conduit à un résultat contraire à celui qu'on voulait obtenir. Autoriser le perdant à répéter, c'est contribuer, en effet, dans une notable mesure, à guérir les joueurs de leur passion favorite en leur retirant les bénéfices qu'ils espéraient en avoir.

La condictio dont nous cherchons à déterminer les caractères diffère donc, soit de la condictio indebiti en ce qu'elle peut être exercée au cas de paiement fait sans erreur, soit de la condictio ob turpem causam ordinaire en ce qu'on ne lui applique pas la règle « In pari causa turpitudinis cessat repetitio. »

Notre conclusion, c'est qu'il s'agit dans notre hypothèse d'une condictio ob turpem causam obéissant à des règles particulières, qui s'expliquent par cette idée jadis formulée par Cujas, à savoir que cette condictio était accordée « odio aleatorum ».

Cette condictio est infamante, « famosa ». De là il suit qu'elle ne peut pas être donnée contre toute personne. Elle ne peut pas l'être au fils de famille contre le père ni à l'affranchi contre son patron. En pareil cas on prenait le biais d'une actio in factum.

En supposant enfin que le gagnant soit un alieni juris, la condictio est alors donnée contre le maître ou le père de famille. En pareil cas, le paterfamilias est tenu de peculio, mais seulement jusqu'à concurrence des forces du pécule. Cela se conçoit d'ailleurs très bien, en partant de l'idée exprimée par les textes qu'il y a dans notre espèce un

negotium, c'est-à-dire des rapports contractuels et non des rapports délictuels. Aussi l'action dont nous parlons n'est-elle pas noxale.

Pour terminer, il suffit d'indiquer que réciproquement, si le perdant est un alieni juris, l'action en répétition sera donnée au paterfamilias.

Telle est dans ses traits principaux la théorie de l'époque classique et le rôle qu'y joue l'exception de jeu. Qu'est-elle devenue au Bas-Empire à l'époque de Justinien ?

II. *Epoque de Justinien.* — Dans le droit de Justinien, l'exception de jeu s'est conservée dans ses grandes lignes. Le joueur malheureux a toujours une exception. Il a toujours une condictio, mais elle est soumise à des règles plus rigoureuses qu'à l'époque classique.

On a mis la solution plus en harmonie avec les principes. Voici comment : puisque le joueur malheureux n'est pas tenu d'une obligation même naturelle, qu'il peut toujours répéter, il est juste de refuser l'action au gagnant. C'est ce que décide la L. 1, C. *de aleat.*, III, 43, ainsi conçue : « Victum in aleæ lusu non posse convenire ». Toutefois, un paiement volontaire reste possible. Le joueur qui a payé est donc protégé par une condictio. Ajoutons que le droit de répéter ce qu'il a payé ne se prescrit que par cinquante ans.

Nous venons d'étudier l'exception de jeu dans son mécanisme ; il nous faut désormais en préciser la portée d'application pratique. Cette exception accordée au perdant défendeur pouvait-elle donc être invoquée toutes les fois que la dette était fondée sur le jeu ? N'y avait-il pas à Rome une distinction entre les jeux licites et les jeux

illicites ? Oui, ainsi d'ailleurs que nos explications précédentes le font supposer.

Tout d'abord les jeux étaient permis pendant les Saturnales (mois de décembre). Mais laissant de côté cette exception momentanée à la règle, les jeux n'étaient pas tous également prohibés. En effet, à la fin de la République, certaines lois (les lois Titia, Publilia et Cornelia) avaient permis de « sponsionem facere », de parier de l'argent aux jeux d'adresse ayant pour objet de développer l'agilité et la vigueur du corps.

Plus tard intervient un sénatus-consulte dont on ignore la date exacte et que Pothier fait remonter à l'époque de Septime Sévère ; en tous cas, s'il ne date pas de la fin de la République comme les lois Publilia et Cornelia, il est certainement antérieur à Septime Sevère. Ce sénatus-consulte permet d'une façon générale de jouer de l'argent aux jeux d'adresse, aux jeux physiques « ubi pro virtute certamen fit », saut, course, lutte, etc. Ceci posé, nous croyons que cet acte législatif avait pour principal objet d'empêcher la répétition, lorsque la remise de l'enjeu avait été faite au moment même du jeu.

Des dispositions analogues se retrouvent plus tard dans le droit de Justinien. L'empereur permet certains jeux :

μονόξολον, id est saltus singularis, c'est le saut individuel ;

κοντομονόξολον, id est saltus conto suffultus, c'est le saut à la perche ;

κοντανονκοντακα Χωρις της πορπης, id est jaculatio præstæ, vel conti, vel pini sine cuspide ;

ἱππικήν, id est Troia, ut veteres dicebant Pyrrhica vel apertius curriculum equorum cui ἱππικήν adjungi possunt.

Ce sont les courses de chevaux avec des cavaliers, etc...

Dans ces diverses hypothèses il n'y avait point d'exception fondée sur le jeu ni de condictio. En définitive, dans le dernier état du droit romain, les jeux défendus sont les jeux de pur hasard. Les textes nous signalent le jeu de dés. Encore les jeux de ce genre ne sont-ils interdits qu'autant que les joueurs hasardent des sommes importantes. Déjà, d'ailleurs, le préteur admettait la validité du jeu, lorsque l'enjeu était minime, ainsi que paraît l'établir la loi 4 D. *de aleat.* Cette loi permet aux esclaves de jouer l'écot de leur festin. Il est vrai qu'aucun texte n'autorise les hommes libres à jouer des sommes modiques, mais on fait très justement remarquer que ce texte ne saurait fournir un argument a contrario de quelque validité, parce qu'il est inséré dans une série de développements relatifs aux personnes en puissance. On ne peut point en déduire la prohibition pour le sui juris de jouer des sommes modiques. Justinien autorise enfin les paris contractés à l'occasion des jeux permis, pourvu que l'enjeu soit minime et inférieur à un solide. Il ne permet qu'aux gens riches de jouer un solide.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Laissons désormais de côté le droit romain, arrivons à notre ancien droit français ; nous n'y constatons pas à l'origine de traces de l'exception de jeu. Il est assurément curieux d'observer que, bien que les peuplades germaniques aient pratiqué le jeu, on ne relève cependant dans

les lois barbares aucune trace des mesures destinées à en réprimer l'abus. A cette époque de la civilisation, où les lois ont surtout un caractère pénal, on aurait évidemment cherché à protéger le joueur malheureux en édictant, comme l'avait fait le très ancien droit romain, des pénalités contre le gagnant.

Le droit romain a donc exercé en ces matières une influence au moins indirecte sur notre ancien droit. La réglementation du jeu y a été à l'origine l'œuvre de l'Eglise, qui s'est inspirée du droit romain. Nous ne parlerons pas ici des prohibitions des conciles, de la théorie des théologiens ni des traités des casuistes. Tous ces documents, étudiant le jeu en lui-même, édictent surtout des pénalites. Mais nous noterons en passant que le droit canonique, à l'exemple du droit romain, reconnaissait au perdant le droit d'exercer une condictio d'une nature particulière pour reprendre l'enjeu.

De là cette exception passe dans nos anciens coutumiers. Si nous nous référons à Beaumanoir, nous y trouvons un passage ainsi conçu :

« Qui va contre le deffense du seigneur, si comme se sires deffent en se tere jeu de dés, et aucun y joue..., ou lisires fet aucunes deffenses sanllarles, quiconques contre tex deffenses va, li hons de poeste est à cinq sous d'amende et li gentix hons à dix sous. »

Mais le tome II, § 2, chap. xxxiv, nos 2 et 3, est plus explicite. Commentant la règle « convenance loi vaint », convenance passe loi, dira-t-on plus tard, Beaumanoir nous dit que : toutes convenances sont à tenir excepté les convenences qui sont fetes par malveses causes » ; et il ajoute :

« autres convenences y a encore qui ne sunt pas à tenir ; si comme je convenence a paier detes du jec des dés, ou d'usure..... tix maniere de convenence ne sont pas à tenir » (1). Nous constatons ainsi la présence de l'exception de jeu au XIII^e^ siècle.

De ce passage de Beaumanoir on peut rapprocher encore une ordonnance des rois de Chypre. Il y est écrit :

« La manière des bans lesquels le visconte fit crier en avril l'an XCV, lequel ban le visconte doit faire crier au moins une fois l'an : qu'il n'ait nule personne qui oze tenir jeu de hazart, et qui en son hostel jeu de hazart tendra ou prestera il paiera M besans. Et tous ceux qui joueront hazart, chevaliers ou sergens et autres gens paieront D besans ; et toutes les autres personnes qui jueront, paieront II besans de LXVII sols 1/2 chacun et seront *frustrés* » (2).

Ce ban décide donc que les joueurs seront condamnés à des amendes diverses et en plus frustrés. Qu'est-ce que cela veut dire, sinon qu'ils ne pourront conserver le gain qu'ils auraient réalisé ? Mais la confiscation sera probablement faite par le prince à son profit. Cela peut vouloir dire aussi que les gagnants ne pourront pas réclamer ce qui leur avait été promis.

Nous sommes donc encore ici en présence d'une véritable exception de jeu, au sens du droit romain.

L'ordonnance de Moulins de 1566, rendue sous Charles IX, nous dit en revanche dans son paragraphe 59 :

(1) Beaumanoir, *Coutumes du Beauvoisis*.

(2) *Assises de Jérusalem*, t. II, bans et ordonnances des rois de Chypre, édit. Beugnot.

« Avons ordonné que les deniers et les biens perdus à tels jeux pourront être répétés par lesdits mineurs, leurs frères, mères, tuteurs, curateurs et proches parents, et voulons iceux biens leur être rendus pour être employés au profit desdits mineurs et éviter leur ruine et destruction, sans par ces présentes approuver tels jeux entre majeurs, pour le regard desquels entendons les ordonnances de nos prédécesseurs être observées. »

Il résulte de cette disposition de l'ordonnance que le perdant majeur n'avait pas le droit de répéter ce qu'il avait volontiers payé. Il y a là une différence importante à signaler entre le droit de l'ordonnance et le droit romain, dont le droit canonique avait, nous l'avons dit, suivi les errements.

Sous les règnes d'Henri III et d'Henri IV, les troubles nécessitèrent de nombreuses levées de troupes et amenèrent une recrudescence de la passion du jeu auquel les hommes d'armes recouraient pour distraire leurs loisirs. Louis XIII réagit contre les abus qui en résultèrent et contre l'insuffisance de la législation existante en édictant des pénalités sévères. L'ordonnance du 13 mai 1611 contient en effet des dispositions pénales. Le roi y proscrit la maison de jeux :

« Faisons défense à toute personne, y est-il déclaré, de tenir brelans ni s'assembler pour jouer aux cartes ou aux dés, même aux propriétaires, détenteurs de leurs maisons ou locataires d'icelles d'y recevoir ceux qui tiendront les dits brelans ou joueront es dits jeux ; à peine d'amende, d'autre punition s'il y échet et d'être en leur propre et privé non responsables de la perte des deniers qui y sera faite et *tenus à restitution d'iceux* ».

Puis une seconde ordonnance est rendue par Louis XIII en 1629. Elle était encore plus sévère. On y sent la main de Richelieu premier ministre. Transcrivons les articles 137 et suivants de cette ordonnance très importante dans notre matière.

Art. 137. « Défendons et interdisons à tous nos sujets de recevoir en leurs maisons les assemblées pour le jeu, que l'on appelle académies ou brelans ni prêter ou louer leurs maisons à cet effet. Déclarons dès à présent ceux qui y contreviendront et qui se prostitueront en un si pernicieux exercice, infâmes, intestables et incapables de tenir jamais offices royaux ; enjoignons à tous nos juges de les bannir pour jamais des villes où ils seront convaincus d'avoir contrevenu au présent article. Voulons en outre que lesdites maisons soient confisquées sur les propriétaires, s'il est prouvé que ledit exercice y ait été six mois durant. Déclarons en outre ceux qui se trouveraient convaincus d'avoir été trois fois auxdites Académies, infâmes, intestables, comme ci-dessus.

Art. 138. « Déclarons toutes dettes contractées pour le jeu, nulles, et toutes les obligations et promesses faites pour le jeu, quelque déguisées qu'elles soient, nulles et de nul effet et déchargées de toutes obligations civiles et naturelles. Voulons que contre icelles le fait du juge soit reçu, nonobstant toutes ordonnances à ce contraires, auxquelles nous avons dérogé et dérogeons pour ce regard. Voulons et ordonnons que lesdites promesses soient cassées et les porteurs d'icelles, soit le premier créancier ou le cessionnaire, soient non seulement déboutés de leur demande à fin de paiement de sommes portées par lesdites

promesses, mais étant prouvé qu'elles viennent du jeu, condamnés envers les pauvres à pareille somme que sera celle contractée auxdites promesses. Défendons à toutes personnes de prêter argent, pierreries et autres meubles pour jouer ni répondre pour ceux qui jouent, à peine de la perte de leurs dettes et nullité des obligations, comme de confiscation de corps et biens, comme corrupteurs de la jeunesse.

Art. 139. « Ordonnons pareillement que pour ceux qui joueront sur gages, perdront les gages qu'ils auront exposés et ceux mêmes qu'ils auront gagnés et seront confisqués sur eux au profit des pauvres, réservant le tiers au dénonciateur (quadruplator romain), et outre ce, ceux qui les auront gagnés seront condamnés en pareille somme que celle par aquelle ils auront gagné lesdits gages applicables ci-dessus.

Art. 140. « Permettons aux frères, nièces, aïeuls et aïeules et aux tuteurs de répéter toutes les sommes qui auront été perdues au jeu, par leurs enfants ou mineurs sur ceux qui les auront gagnés, voulons qu'elles leur soient rendues et ceux qui auront gagné lesdites sommes condamnés à la restitution d'icelles avec dépens, dommages et intérêts, et que la preuve par témoins soit reçue nonobstant que les sommes excèdent 100 livres, à quoi nous avons dérogé pour ce regard.

Art. 141. « Et d'autant que l'effrénée passion du jeu porte quelquefois jusqu'à jouer des immeubles, nous voulons et déclarons que nonobstant la perte et délivrance desdits immeubles, quoique déguisée en vente, échange ou autrement, les hypothèques demeurent entières aux

femmes pour leurs conventions et aux créanciers pour leurs dettes, nonobstant tous décrets, s'il est prouvé que l'aliénation desdits immeubles procède du jeu. »

Cette ordonnance contient donc de fort longues dispositions relativement à la théorie civile du jeu. D'autres ordonnances, entre autres une ordonnance de Louis XVI du 1er mars 1781, contenant de nombreux règlements relatifs au jeu, ont été rendues au XVIIe et au XVIIIe siècle ; mais leur sanction est pénale. Leur objet est moins de protéger le perdant que de punir les joueurs ou ceux qui tiennent des maisons de jeu. Nous n'entrerons pas à ce sujet dans leur explication.

Nous avons donc rencontré l'exception de jeu dans notre droit coutumier et dans l'ordonnance de Moulins de 1566 ; nous la rencontrons à côté de pénalités dont la sévérité augmente selon les époques et l'état des mœurs. L'exception de jeu que l'on retrouve dans notre code civil a donc tout à la fois une origine romaine et une origine coutumière.

En somme, dans notre ancien droit français, comme en droit romain, le jeu ne faisait pas naître d'obligation civile ou même d'obligation naturelle à la charge des parties. Il n'était pas possible de valider une semblable obligation en la déguisant sous un autre contrat. Les conventions accessoires étaient nulles ; cautionnement et hypothèques sans effet.

De même la novation d'une dette de jeu était inefficace. Bien mieux, on étendait la nullité au prêt consenti par un tiers à l'un des joueurs. La dette de l'emprunteur était considérée comme une dette de jeu. Sur ce point l'accord

existait entre notre droit coutumier, le droit romain et le droit canonique.

Le perdant pouvait repousser l'action du gagnant, et pour prouver le bien fondé de cette exception de jeu, il était admis à fournir la preuve testimoniale, bien que l'intérêt en jeu fût supérieur à 100 livres : cela par dérogation à l'ordonnance de Moulins 1566.

Mais alors, comment expliquer qu'après avoir payé librement, le joueur n'eût pas le droit de répéter, à moins d'être mineur, contrairement à ce qu'admettait le droit des Pandectes? C'est qu'on considérait que l'exécution du contrat ne constituait pas un véritable paiement, mais une libéralité qu'il faisait au gagnant pour accomplir ce qui lui paraissait être un devoir de conscience. Dans son Traité du jeu, Pothier résume très bien à ce sujet la théorie ancienne telle qu'elle était admise à la fin du XVIII[e] siècle :

« Les anciennes ordonnances de nos rois, nous dit-il au n° 49, ayant défendu tous les jeux, à l'exception de ceux qui sont propres à exercer au fait des armes, et n'ayant fait aucune distinction à l'égard de tous les autres jeux, entre ceux qui sont jeux d'adresse et ceux qui sont jeux de hasard, ni entre le gros jeu et le petit jeu ; c'était une conséquence que les jeux, quels qu'ils fussent, à l'exception des jeux propres à exercer au fait des armes, ne pussent produire d'obligation civile et que les joueurs ne dussent pas être reçus à poursuivre en justice le paiement de ce qu'ils auraient gagné au jeu. »

Et Pothier ajoute au n° 52 : « La plus grande difficulté sur l'obligation du jeu concerne le for de la conscience. C'est une question controversée, si, dans ce for, celui qui a

perdu sur parole une somme considérable à des jeux défendus est obligé de la payer, ou au contraire celui qui l'a gagnée n'est pas obligé de la restituer au perdant qui la lui aurait payée. »

Pothier examine ensuite la question dans le cas auquel la loi civile condamne le jeu, sans néanmoins accorder aux perdants la répétition des sommes perdues au jeu. « C'est le cas où nous nous trouvons dans les provinces du royaume qui ne sont pas régies par le droit écrit, dit-il au nº 53 ; il n'y a aucune de ces lois, ordonnances qui donne aux perdants, lorsqu'ils sont majeurs, la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu... L'ordonnance de Charles IX que nous avons rapportée au chapitre précédent, en accordant cette répétition aux mineurs, suppose clairement que les majeurs qui ont perdu au jeu des sommes considérables, n'en ont pas la répétition lorsqu'ils les ont payées. »

Et Pothier conclut : « J'incline à penser que ceux qui ont perdu en jouant sur leur parole à des jeux défendus des sommes considérables sont tenus dans le for de leur conscience de les payer. »

Si maintenant nous passons à la période intermédiaire, nous voyons que la législation en vigueur dans l'ancien droit n'a pas subi de grandes modifications. Le législateur se refuse toujours à reconnaître la dette de jeu. On ne peut constater pendant cette période qu'un adoucissement notable dans la législation du jeu au point de vue de la répression.

Arrivons enfin à l'époque du code civil. Le législateur, suivant les traces du droit romain et des ordonnances royales, ne reconnaît pas les dettes de jeu. Aux termes de

l'art. 1965 : « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu. »

C'est cet article qui va constituer la base de notre travail, que nous diviserons en deux parties.

Dans une première partie, nous examinerons la nature juridique de l'exception de jeu, ainsi que les conditions d'exercice de cette exception.

Dans une deuxième partie intitulée « Domaine de l'exception de jeu », nous suivrons le fonctionnement de cette exception dans différentes applications du jeu, par exemple dans les loteries, le pari aux courses, et surtout dans les jeux de bourse, marchés à terme.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

NATURE JURIDIQUE DE L'EXCEPTION DE JEU.

I. — Aux termes de l'art. 1965 c. civ. : « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. » Notre code reproduit sur ce point la disposition de nos anciennes ordonnances. Aujourd'hui, comme déjà dans notre ancien droit, le perdant actionné en justice par le gagnant qui exige le paiement d'une dette de jeu peut lui opposer une fin de non-recevoir absolue. Pratiquement, on dit dans un langage juridiquement incorrect, car il détourne les termes de leur expression technique et prête à l'équivoque, que le perdant est armé d'une exception, que l'art. 1965 établit, dans notre droit, l'exception de jeu. Ceci n'est vrai qu'en donnant au mot exception le sens qu'il avait déjà en droit romain et qu'il n'a plus dans notre code de procédure : — un moyen de défense tendant à repousser en tout ou partie la prétention du demandeur comme mal fondée, sans cependant la contredire directement. Ceci rappelé, en passant, demandons-

nous comment doit s'expliquer la disposition de l'art. 1965, pour quelles raisons la loi refuse au gagnant toute action contre le perdant.

Des considérations générales justifient la loi sur ce point. Nous allons les énumérer brièvement ; aussi bien elles peuvent jouer un certain rôle dans la détermination du mécanisme juridique de l'exception de jeu.

Le jeu est dangereux tant au point de vue individuel qu'au point de vue social. Au point de vue individuel, le joueur ne se rend pas compte de la portée des engagements qu'il prend. Il se trouve sans ressources du jour au lendemain, après avoir poursuivi jusqu'au bout la chance qui l'a toujours fui. Il est juste de le protéger, parce qu'au fond il n'a pas été libre, il a agi sous l'empire d'une surexcitation passagère, sous l'influence irrésistible de la passion. Il y a bien, il est vrai, la règle d'autonomie de l'individu ; mais notre législation civile n'a jamais posé ce principe en termes formels. Elle considère la volonté humaine comme très imparfaite. Elle admet que, dans nombre d'hypothèses, elle a besoin d'être redressée, dirigée. L'homme à ses yeux n'est pas toujours maître de lui quand il veut ce qui peut lui être désavantageux. C'est en se fondant sur cette idée qu'elle admet la rescision de certains contrats pour lésion (art. 887, 783, 1674), qu'elle refuse l'action en matière de jeu (art. 1965).

En dehors de l'intérêt individuel, il y a l'intérêt social, qui n'est pas la somme des intérêts individuels, mais la résultante de leur combinaison ; or, il importe à l'intérêt social que la fortune ne se déplace pas trop rapidement et trop fréquemment. Il faut qu'après s'être accumulée len-

tement entre certaines mains, elle n'en sorte que lentement. Il ne faut pas que du jour au lendemain une famille qui, par sa position de fortune, occupait une place importante dans l'Etat, se voie tomber au dernier rang par suite de la ruine complète, imprévue, qui l'empêche de faire face désormais aux obligations qu'elle avait assumées.

En somme, il est aisé d'expliquer économiquement la disposition de l'art. 1965 c. civ. Mais des difficultés sérieuses s'élèvent lorsqu'il s'agit d'en déterminer le fondement juridique. Le jeu et le pari font-ils naître une obligation à la charge du perdant ?

Lorsqu'il s'agit d'un jeu considéré comme licite par l'art. 1966 c. civ., il ne peut y avoir de doute. Le jeu donne naissance à une obligation civile, sanctionnée par une action. Mais on se demande si les jeux illicites, ceux qui ne rentrent pas dans les termes de l'art. 1966 et qui sont par suite soumis à la disposition rigoureuse de l'art. 1965, font naître une obligation.

La difficulté vient du rapprochement des art. 1965 et 1967. *a*) D'une part, toute action en justice est refusée au gagnant pour poursuivre le paiement de la prétendue obligation. *b*) Dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu de la part du gagnant supercherie ou escroquerie.

Ainsi d'une part, si le jeu illicite engendre une obligation à la charge du perdant, comment expliquer qu'elle ne soit pas munie d'une action ? Si d'autre part le jeu ne fait pas naître d'obligation à la charge du perdant, comment se fait-il que celui-ci ne puisse répéter ce qu'il a payé indûment ?

II. — L'explication qui, de prime abord, se présente naturellement à l'esprit, est qu'on se trouve en présence d'une obligation naturelle ; d'une de ces obligations auxquelles la loi n'attache que des effets restreints et qui constituent un moyen terme entre les obligations civiles pourvues d'actions et les simples devoirs de conscience sans valeur juridique. Ce qui caractérise, en effet, l'obligation naturelle, c'est précisément d'être dénuée d'action civile et de pouvoir faire l'objet d'un paiement valable, pourvu qu'il soit volontaire. C'est ce qui résulte de l'art. 1235, le seul texte de notre code civil où il soit question de cette importante théorie de l'obligation naturelle. « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

Quelles sont les obligations naturelles? La loi ne les énumère pas. C'est donc à leurs effets caractéristiques qu'il faut les reconnaître. Or ces effets de l'obligation naturelle sont bien ceux de l'obligation née du jeu. Le perdant ne peut être actionné civilement (art. 1965), mais il peut payer volontairement. L'art. 1967 s'exprime dans les mêmes termes que l'art. 1235 que nous venons de citer : « Dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé. »

On en conclut que l'obligation née du jeu est une obligation naturelle. Elle rentre dans la classe « des devoirs qui, fondés sur une cause juridique de nature à engendrer, au profit d'une personne contre une autre, un droit à une prestation déterminée, seraient légitimement et ration-

nellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure, mais que le législateur n'a pas jugé convenable de reconnaître comme obligations civiles. » (Aubry et Rau, t. IV, § 297-1°, p. 4) (1).

Cette théorie ne résiste pas à une analyse approfondie. Les analogies entre la dette de jeu et l'obligation naturelle sont superficielles. Les différences, au contraire, sont profondes; elles ruinent, à notre avis, le système que nous venons d'exposer.

Il est de principe que l'obligation naturelle peut servir de cause à un engagement civilement efficace, qu'elle peut être convertie par une novation en une obligation civile (2). Or la dette de jeu ne peut faire l'objet d'une novation. S'il en allait autrement, les parties pourraient tourner la loi ; l'art. 1965 serait lettre morte, puisque la dette de jeu pourrait être indirectement sanctionnée (3).

C'est là une première différence certaine entre la dette de jeu et l'obligation naturelle.

On discute le point de savoir si l'obligation naturelle peut faire l'objet d'un cautionnement. L'art. 2012 semble n'autoriser le cautionnement des obligations naturelles que lorsqu'elles ont leur source dans une obligation civile annulée par suite de l'incapacité du débiteur (4).

Je ne crois pas qu'il faille entendre ce texte d'une façon restrictive, et j'admettrai pour ma part avec la majorité

(1) Adde Aubry et Rau, t. IV, § 297-2°, lettre c. p. 6. Colmet de Santerre, V, n° 174b. Guillouard, *Contrats aléatoires*, n° 37, p. 58.

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 297, 3 et 7 et 17b, 18.

(3) Aubry et Rau, t. IV, § 386-1°, texte et note 9.

(4) Aubry et Rau, t. IV, § 424, note 5.

des auteurs (1) que l'obligation naturelle peut valablement faire l'objet d'un cautionnement ou d'une constitution d'hypothèque. La dette de jeu, au contraire, ne peut être garantie ni par une sûreté personnelle, ni même par une sûreté réelle. La raison est toujours la même ; l'art. 1965, pour des raisons d'ordre public, puisque, nous l'avons vu, l'intérêt de la société est en jeu, refuse au gagnant toute action en justice. Il n'est pas loisible aux parties de tourner la loi avec l'aide d'un tiers qui jouerait le rôle de caution.

Reste, il est vrai, le gros argument tiré de l'art. 1967. Ce texte semble bien ne faire qu'appliquer aux dettes de jeu la règle posée par l'art. 1235, al. 2, pour les obligations naturelles. Mais si l'on analyse de près ces deux textes, on constate qu'ils ne concordent pas parfaitement.

Aux termes de l'art. 1235, celui qui a exécuté une obligation naturelle peut exercer la répétition lorsque le paiement n'a pas été fait volontairement, c'est-à-dire non pas seulement librement, ni même spontanément, mais en connaissance de cause. En d'autres termes, il faut que le débiteur ait payé sachant qu'il n'y était pas tenu, connaissant parfaitement la nature de son obligation. C'est ce qui résulte aussi d'un autre texte du titre des obligations, l'art. 1338 relatif à la théorie de la confirmation. Il résulte en effet de ce texte qu'à défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation

(1) Colmet de Santerre, V, 174 *bis*. Larombière, *Obligations*, III, art. 1235, nº 10.

pouvait valablement être confirmée ou ratifiée. La plupart du temps, l'obligation annulable ainsi confirmée par l'exécution volontaire, c'est-à-dire faite en connaissance du vice qui entraînait la nullité, sera une obligation naturelle. Par exemple, il peut s'agir d'une obligation annulable à raison de l'incapacité du débiteur qui était une femme mariée ou un mineur. En pareil cas, le débiteur est tenu naturellement et il reste tenu naturellement malgré l'annulation de l'obligation.

Il se peut que la nullité ait sa source dans un vice du consentement, dans la violence ou le vol. Il est alors fort douteux que le débiteur soit tenu naturellement.

En somme, si l'art. 1338 par certains côtés rappelle l'art. 1235, il n'en est pas une application. Il s'agit de deux théories distinctes : celle de l'obligation naturelle et celle de la ratification des obligations annulables ou rescindables.

Ce qui nous importe, c'est le principe de l'art. 1235. En matière d'obligation naturelle, le paiement fait par le débiteur n'est valable que s'il a été fait en connaissance de cause. Il serait sujet à répétition si le débiteur avait fait erreur sur la cause en vertu de laquelle il était tenu.

En est-il de même en matière de jeu ? Evidemment non, et il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux termes de l'art. 1967. Dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a *volontairement* payé, volontairement, c'est-à-dire, ici, sans y être contraint. La répétition n'est admise en effet que s'il y a eu, de la part du gagnant, vol, supercherie ou escroquerie. Elle n'est donc pas admise lorsque le perdant a payé par erreur, croyant qu'il y était obligé

par la loi, alors que dans cette hypothèse elle le serait s'il s'agissait d'une obligation naturelle.

Ces différences, les auteurs qui prétendent assimiler la dette de jeu à l'obligation naturelle ne les méconnaissent pas. Ils disent seulement avec M. Colmet de Santerre (t. V, 174 *bis*, VIII) qu'il n'y a pas de raisons suffisantes pour que cette dette ne soit pas classée dans les dettes naturelles, parce qu'on peut concevoir qu'exceptionnellement une dette naturelle ne produise pas tous les effets attachés ordinairement à ce genre d'obligations.

Ce raisonnement serait fondé s'il était vrai de dire qu'en principe et sauf exception formelle, la dette de jeu produit les mêmes effets que l'obligation naturelle. Mais il n'en est rien. Aucun texte ne confirme un pareil système, puisqu'en dehors des termes stricts des art. 1965 et 1967, il est impossible d'assigner aucun effet à la dette de jeu.

Il faut donc, si l'on part de l'idée que les jeux illicites engendrent une obligation, adopter une autre manière de voir. C'est ce que font certains auteurs qui soutiennent que la dette de jeu constitue une obligation civile, mais dépourvue d'action (1). C'est une dette civile non exigible.

Ce système ne résiste pas à l'examen. On ne conçoit pas une obligation civile dépourvue d'action. C'est là une institution dont les deux termes seraient contradictoires, l'obligation civile étant par définition une obligation à l'exécution de laquelle le débiteur peut être contraint par une action en justice. Une obligation civile dépourvue

(1) Pillette, *Rev. prat.* 1863, t. XV. Lettre à Mourlon sur le jeu et le pari. Paul Pont, *Petits contrats*, n° 603. Villey, note s. Cass. 28 février 1892, S. 92, 1, 601.

d'action, cela ne peut exister. Entre l'obligation civile pourvue d'une action et l'obligation civile imparfaite, qui, elle, est dépourvue d'action et qu'on est convenu d'appeler obligation naturelle, il ne peut exister, il n'existe pas de moyen terme. En somme, le système de ces auteurs n'explique rien : il aboutit seulement à créer une nouvelle entité juridique dont le mécanisme reste obscur.

Bref, ni la théorie de l'obligation naturelle, ni celle qui s'y ramène de la dette civile non exigible, ne donnent satisfaction à l'esprit. Il faut donc chercher autre chose.

III. — Pour nous, les jeux illicites ne font pas naître d'obligation civile ou naturelle. C'est dans une tout autre théorie, la théorie de la cause, qu'il faut chercher l'explication des art. 1966 et 1967 c. civ. Le jeu ne fait pas naître d'obligation, parce qu'il ne constitue pas une cause légalement suffisante.

Cette manière de voir est conforme à la tradition historique ; nos anciennes ordonnances admettaient que le jeu ne faisait naître ni obligation civile, ni obligation naturelle. L'ordonnance de 1620 notamment s'en expliquait en termes formels : « Declarons, disait-elle, toutes dettes contractées pour le jeu nulles et toutes les obligations ou promesses faites pour le jeu nulles et de *nul* effet et *déchargées de toutes obligations civiles et naturelles.* »

Le code civil n'a pas rompu avec cette tradition. Il suffit de lire les travaux préparatoires pour s'en convaincre.

Voici ce que disait Portalis dans l'exposé des motifs au Corps législatif : « Une ordonnance de 1629 déclare toutes dettes contractées par le jeu nulles et toutes obli-

gations ou promesses faites pour le jeu, quelque déguisées qu'elles soient, *nulles* et de nul effet et déchargées *de toutes obligations civiles ou naturelles*. La jurisprudence ne s'est jamais écartée des dispositions de cette ordonnance...

« Nous n'avons pas cru devoir abandonner une jurisprudence si favorable aux bonnes mœurs et si nécessaire pour prévenir les désordres d'une passion dont tous les législateurs ont cherché à réprimer les excès » (1).

Ailleurs il exprime encore la même idée : « Que font les joueurs qui traitent ensemble ? Ils se promettent respectivement une somme déterminée dont ils laissent la disposition à l'aveugle arbitrage du hasard. *Où donc est la cause de l'engagement* ? On n'en *voit aucune* » (2).

« Le jeu, dit le tribun Siméon dans son rapport au Tribunat, le jeu n'est pas une cause licite d'obligation, parce qu'il n'est pas nécessaire, parce qu'il n'est pas utile et qu'il est extrêmement dangereux » (3).

Il est donc traditionnellement établi que le jeu ne fait naître ni obligation civile, ni obligation naturelle. Ceci surprend au premier abord. Il faut en chercher l'explication dans la théorie de la cause.

Qu'est-ce que la cause ? C'est le but immédiat, c'est le résultat direct en vue duquel le débiteur s'oblige. Pratiquement, on peut dire que, pour déterminer la cause d'une obligation, il faut répondre à cette question : Pour-

(1) Fenet, t. XIV, p. 540-541.
(2) Fenet, t. XIV, p. 539.
(3) Fenet, t. XIV, p. 550.

quoi le débiteur s'est-il obligé ? Il s'ensuit que dans les contrats à titre onéreux la cause sera toujours dans la *prestation faite ou promise* comme équivalent de l'engagement pris. Le contrat à titre onéreux est-il unilatéral ? s'agit-il, par exemple, du contrat de prêt à intérêt : l'obligation de l'emprunteur a pour cause la remise qui lui a été faite par le créancier des deniers prêtés. S'agit-il maintenant d'un contrat à titre onéreux bilatéral : l'obligation de l'une des parties a pour cause alors l'obligation contractée par l'autre partie. L'obligation de l'acheteur de payer le prix a pour cause l'obligation du vendeur de lui livrer la chose.

Ces principes posés, il est aisé d'en faire application au contrat de jeu qui est, nous l'avons vu, un contrat bilatéral à titre onéreux. Quelle est la cause de l'obligation du perdant ? Est-ce l'enjeu que son adversaire a déposé ? Non, pas plus que dans la vente, l'obligation de l'acheteur n'a pour objet la chose vendue. C'est l'obligation contractée par le gagnant de payer l'enjeu au cas où le jeu lui serait défavorable. Il est vrai qu'ici la question de la cause se pose dans des termes un peu différents, à raison du caractère aléatoire du contrat. La cause n'est pas ici, comme dans la vente, une obligation *ferme*, c'est une obligation conditionnelle. Bien mieux, l'événement de la condition qui rend définitive l'obligation du perdant a pour effet de résoudre l'obligation du gagnant qui lui servait de cause. Mais l'effet rétroactif de la condition ne peut empêcher qu'en fait le gagnant ne se soit obligé et que son obligation ait pu servir de cause. La dette de jeu a donc une cause, cela ne peut être nié.

Comment, dès lors, trouver, comme nous nous le proposons, dans la théorie de la cause l'explication de l'art. 1965 c. civ. ?

Pour que l'obligation prenne naissance, il ne suffit pas qu'elle ait une cause, il faut que cette cause soit licite.

« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet », dit l'art. 1131 C. civ., et l'art. 1133 ajoute : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. »

On soutient en général que la dette de jeu a une cause illicite et l'on prétend expliquer ainsi les art. 1965 et 1967. Puisque la cause est illicite, l'obligation n'a pu prendre naissance faute d'une cause juridiquement suffisante. Le perdant n'est pas obligé, il ne peut être par suite exposé à une action en justice. D'autre part, le paiement qu'il fait volontairement est valable. Ceci peut surprendre, mais s'explique très simplement par l'adage latin : « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans ». Lorsque le gagnant poursuit le perdant en justice à l'effet d'obtenir le paiement de l'enjeu promis, que fait-il ? Il se prévaut d'une convention que la loi déclare immorale. Aussi la loi défend-elle aux tribunaux d'en connaître. Mais, à l'inverse, si le perdant agit en répétition de ce qu'il a volontairement payé au gagnant, il saisit la justice des suites immédiates d'une convention jugée immorale par la loi. Le débat ne peut donc s'ouvrir. Le perdant sera débouté de sa demande (1).

(1) Massol, *Obl. nat.*, p. 303.

On saisit tout de suite ce qu'il y a d'un peu enfantin dans cette argumentation.

Le jeu n'est pas immoral en lui-même ; il est simplement dangereux à cause des ruines imprévues qu'il peut entraîner, des déplacements trop brusques de la fortune des particuliers qui en sont la conséquence. Tels sont, nous l'avons déjà dit, les motifs qui justifient en cette matière les dispositions restrictives de la loi. Or le meilleur, le seul moyen de remédier à ces dangers, c'est d'abord de refuser au gagnant tout moyen de contrainte pour se faire payer ; c'est de permettre ensuite au perdant, de la manière la plus large, de reprendre ce qu'il aurait pu payer en exécution d'une dette de jeu. C'est ce qu'admettaient les jurisconsultes romains de l'époque classique ; c'est ce que le législateur aurait fait s'il avait véritablement considéré le jeu comme immoral.

Il ne l'a pas fait, parce qu'il ne considérait pas la dette de jeu comme illicite dans sa cause. Il s'est placé à un tout autre point de vue, dans un ordre d'idées où la théorie de la cause et celle du consentement se touchent. Le consentement des joueurs est sans doute parfaitement libre ; mais ce consentement ne peut se suffire à lui-même, il n'a de valeur qu'autant qu'il est déterminé par une cause suffisante. Or cette cause, qui existe bien ici, n'est pas considérée par la loi comme suffisante. Notre code n'admet pas qu'on puisse valablement faire l'abandon de sommes considérables contre une chance de gain problématique. La volonté du joueur n'est pas suffisamment déterminée. De même, si le perdant souscrit un billet sans cause ou sur une fausse cause pour s'acquitter de la dette de jeu,

la novation sera inefficace, aucune obligation ne prendra naissance, parce qu'ici encore la cause sera juridiquement insuffisante, ce sera la convention de jeu.

Mais alors comment expliquer que le paiement fait volontairement par le perdant soit valable? Pratiquement, parce que la loi redoute surtout l'obligation dont on ne mesure pas bien les conséquences en ce qu'elle ne cause pas un appauvrissement immédiat. Théoriquement, par cette idée traditionnelle qu'il est du devoir d'un homme d'honneur d'acquitter les dettes de jeu et que ce devoir est d'autant plus strict que la loi ne permet pas d'en demander le paiement en justice. « Dans certaines circonstances, disent MM. Aubry et Rau, le juge est autorisé à maintenir un engagement ou un paiement comme ayant été déterminé par un sentiment individuel d'équité, de conscience, de délicatesse ou d'honneur ; ce n'est pas à dire pour cela qu'il existe en pareil cas une obligation naturelle, c'est-à-dire un devoir dont le législateur eût pu imposer l'accomplissement à toute personne se trouvant dans la même situation. » (Aubry et Rau, t. IV, p. 297.) Nous sommes bien dans une hypothèse où le juge est autorisé à maintenir un paiement inspiré par un sentiment particulier de délicatesse et d'honneur, bien que la loi ne considère pas le joueur qui s'acquitte ainsi comme obligé civilement ou même naturellement.

C'est ainsi que la jurisprudence a considéré comme des dettes à titre onéreux ayant une cause juridiquement suffisante, les rétrocessions ou engagements consentis par les anciens acquéreurs de biens révolutionnaires au profit des anciens propriétaires de ces biens, et le paiement à un

ancien créancier d'une indemnité par un débiteur qui s'était libéré en assignats dépréciés (1), ou encore l'engagement contracté par l'une des parties qui ont figuré dans un contrat dans le but d'indemniser l'autre d'une lésion qu'elle a éprouvée et qui ne peut donner lieu à rescision (2).

Dans ces diverses hypothèses se retrouve un élément commun : le désir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, de ne pas garder un bénéfice sur lequel le gagnant avait dû légitimement compter.

Quoi qu'il en soit, la preuve que l'absence de toute répétition peut s'expliquer sans recourir à l'idée d'obligation naturelle, c'est le fait que dans notre ancien droit la même règle était admise sans conteste. On a cependant proposé une autre explication. « La non-répétition, dit-on (3), ne pourrait-elle pas s'expliquer par cette considération que le prétendu solvens, déterminé par des motifs ou des scrupules quelconques, a effectué une prestation ayant les apparences d'un paiement et en sachant très bien qu'il n'était tenu de le faire ni en droit, ni en fait ? Dans ce cas, le solvens entendait s'interdire toute répétition. Il a fait ce qu'on appelle, en définitive, une libéralité, c'est-à-dire qu'il a procuré à quelqu'un un avantage « nullo jure cogente ».

On conclut de là qu'il faut appliquer au paiement volontaire d'une dette de jeu les règles de fond qui régissent les libéralités, c'est-à-dire :

(1) Req. rej., 21 novembre 1831. S. 32, 1, 383. Req. rej. 23 juillet 1833. S. 33, 1, 535, 2e point. Grenoble, 25 avril 1809. S. 10, 2, 353.
(2) Req. rej., 10 décembre 1851. D. 52, 1, 41.
(3) Huc, Thèse Paris, 1894, p. 101.

1° Que le paiement sera réductible pour atteinte à la réserve ;

2° Si le gagnant est un successible du perdant et s'il vient à recueillir sa succession, on pourra se demander s'il n'est pas tenu du rapport ;

3° Enfin le paiement de la dette de jeu sera soumis aux causes de caducité et de révocation des donations, c'est-à-dire qu'il sera révoqué pour ingratitude ou pour survenance d'enfant.

L'exagération même de ces conséquences doit suffire à faire écarter cette théorie. Il serait grotesque d'admettre la révocation du paiement d'une dette de jeu pour cause de survenance d'enfant. Ajoutons que rien dans la tradition historique ne justifie cette manière de voir.

IV. — Il reste à déterminer les conséquences pratiques du système auquel nous nous sommes attachés. Il est certains points sur lesquels on s'accorde. Bornons-nous à rappeler que la dette de jeu n'est pas sanctionnée par une action, qu'elle ne peut être novée ou déléguée, qu'elle ne peut faire l'objet d'un cautionnement ou d'une constitution d'hypothèque.

La controverse porte sur le point de savoir si l'exception de jeu est d'ordre public. Si oui, elle peut être suppléée d'office par les tribunaux. Si la loi considère le jeu comme faisant naître une obligation naturelle, il est certain que l'exception protège seulement un intérêt privé, elle peut être suppléée d'office par le juge. Pour ceux qui admettent que la dette de jeu est immorale dans la cause, point de doute, l'exception est d'ordre public. C'est ce qu'admettent

les tribunaux (1). Pour nous, qui disons simplement que la cause est juridiquement insuffisante, la solution doit être la même. Il ne peut dépendre du défendeur, en ne défendant pas au procès, de faire revivre une obligation que la loi considère comme inexistante.

Même dans la théorie de l'obligation naturelle, on peut faire observer que les parties ne peuvent à l'aide du quasi-contrat judiciaire tourner la loi, en novant indirectement la dette de jeu.

Nous concluons que l'exception de jeu est d'ordre public ; elle peut être suppléée d'office par le juge, elle peut aussi être invoquée pour la première fois en appel et même en cassation (2).

(1) Cass. 19 juillet 1855. S. 56, 1, 152. Amiens, 14 janvier 59. S. 59, 11. 232. Paris, 13 mai 1873. S. 73, 11, 102. Rennes, 7 décembre 1882. S. 83. 11, 172.

(2) C. Lyon, 5 juillet 1878. *Le Droit*, 28 décembre 78. Sur le 2e point, Cass., 15 décembre 1865. S. 65, 1, 75.

CHAPITRE II

CONDITIONS D'EXERCICE DE L'EXCEPTION DE JEU.

SECTION I

QUI PEUT OPPOSER L'EXCEPTION DE JEU ?

L'exception de jeu peut être opposée par le perdant. Ce principe ne souffre aucune difficulté, et il suffirait de l'énoncer, s'il n'y avait l'art. 1967. En effet, cet article interdit au perdant, dans certains cas, de se prévaloir de l'exception de jeu. Il devient dès lors nécessaire de préciser exactement ces hypothèses. Elles se résument en cette formule : Le perdant ne peut plus opposer l'exception de jeu s'il a payé volontairement. L'art. 1967 est en effet ainsi conçu : « Dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. »

Ce texte, pour exclure la répétition, suppose en somme trois choses : 1° qu'il y a eu paiement ; 2° que ce paiement a été volontaire ; 3° qu'il émane d'une personne capable.

1° Il faut qu'il y ait eu paiement. Le paiement consistera le plus souvent dans la remise, au gagnant, des

sommes, en numéraire ou en billets de banque, ou des objets engagés (1).

Mais au paiement il faut assimiler la dation en paiement. Cette dation en paiement pourra porter, soit sur des objets mobiliers corporels (titres au porteur), ou incorporels (créances sur des tiers), soit sur des objets immobiliers. Le transfert de propriété a lieu *inter partes*, par le seul consentement. Les risques sont donc pour le gagnant devenu propriétaire (art. 1138).

Il s'ensuit que si, par exemple, le cheval qui devait être l'objet de la dation en paiement a péri après la convention, et que le perdant, se croyant toujours tenu, a néanmoins versé le prix de son enjeu, il aura payé l'indû et pourra intenter contre le gagnant l'action en répétition (art. 1233 C. civ.) (2).

Nous avons jusqu'ici supposé le paiement postérieur au jeu. Mais l'hypothèse d'un paiement anticipé est très pratique. Elle mérite que nous nous y arrêtions.

Il est d'usage à certains jeux, au baccara notamment, que les joueurs déposent devant eux sur le tapis leur enjeu, la somme qu'ils entendent engager dans la partie qui va avoir lieu.

Comment faut-il interpréter cette constitution des enjeux? Faut-il y voir un abandon conditionnel de la propriété des sommes qui sont déposées sur le tapis? Y a-t-il

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 386, p. 577. Frèrejouan-du-Saint, nº 31.

(2) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 577. Pillette, *op. cit.* Frèrejouan-du-Saint, nos 34 et 35. Pont, I, 654, 655. Req. 25 janvier 1827; S. 27, 1, 122. Paris, 27 juin 1867; S. 68, 2, 229. Req. 7 juillet 1869; S. 69, 1, 461.

simple promesse de payer la dette de jeu jusqu'à concurrence des sommes déposées sur le tapis? Si oui, cette promesse n'est pas obligatoire, aux termes de l'art. 1967 C. civ.

On voit l'intérêt de la question : il s'agit de savoir si le joueur peut, à un moment quelconque de la partie, retirer l'enjeu qu'il a avancé sur le tapis. Nous croyons qu'il ne le peut pas.

Tout d'abord, cet acte ne peut s'interpréter dans le sens d'une simple promesse non obligatoire. Le joueur n'a pas besoin de se dessaisir de la somme qu'il promet. Ce dessaisissement a certainement dans l'intention des parties un sens précis (1).

Quel peut-il être? Dira-t-on qu'il y a simple nantissement, les sommes déposées étant remises en gage au gagnant? Mais cette constitution serait dépourvue d'effet; non pas, comme on l'a dit, parce que les formalités prescrites par l'art. 2074 n'ont pas été observées, ce texte n'ayant trait qu'aux rapports du gagiste avec les autres créanciers du constituant, mais parce que l'impignoration pour être valable suppose une dette garantie. Or nous savons que le jeu ne fait naître d'obligations d'aucune sorte.

Il est permis d'en conclure que les parties n'ont pas voulu faire un nantissement qui serait nul. En principe, lorsqu'une convention est susceptible de deux sens, elle doit s'entendre plutôt dans le sens où elle a effet que dans

(1) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 578, texte et note 20. Duranton, XXVIII, 28, 116. Pont, I, 657, 658. Pillette, *op. cit.* Chambéry, 3 déc. 1891, la loi du 28 février 1892. Cass., 26 févr. 1892; S. 92, 1, 601, et la note de M. Villey.

celui où elle est inopérante (art. 1157 C. civ.). Il faut donc dire : le paiement de la dette de jeu est licite (art. 1967). Mais un paiement anticipé est possible aussi bien qu'un paiement postérieur au jeu. Le dépôt de l'enjeu constitue un abandon conditionnel de la propriété. Le jeu terminé, la condition *est réalisée;* la propriété de l'enjeu passe d'une manière définitive au gagnant.

Ce qui prouve le bien fondé de cette observation, c'est l'usage du baccara. Lorsque le croupier perd, il n'est tenu de payer que jusqu'à concurrence des sommes qu'il a sur le tapis, en banque.

Si l'événement de la condition constitue le gagnant propriétaire incommutable de l'enjeu, le fait par le perdant de reprendre les sommes qu'il avait déposées constitue un véritable vol. Il s'approprie frauduleusement le bien d'autrui, il commet, à n'en pas douter, un vol.

Le délit existerait d'ailleurs, alors même que le perdant alléguerait et prouverait que la dette de jeu étant nulle, il n'a pas cru que le gagnant fût devenu propriétaire de l'enjeu : l'erreur de droit est inopérante (1).

2° Le paiement pour être valable doit être volontaire. L'art. 1967 nous dit en effet que le paiement fait *volontairement* exclut la répétition. Qu'entendre par paiement volontaire? Le paiement, comme tout acte juridique, suppose le consentement des parties ; il faut que le *solvens* ait accompli la prestation promise, dans l'inten-

(1) Ortolan, *Cours de D. pén.*, I, nos 388 et 407. Cass., ch. réun., 17 janv. 1839 ; Cass., 16 déc. 1882 ; S. 84, 3, 349. Trib. de Chambéry, 16 déc. 1891, et Chambéry, 3 déc. 1891 ; Cass., 26 févr. 1892 ; S. 92, 1, 601, et note de M. Villey.

tion, avec la volonté de se libérer de la dette de jeu.

Il est telle hypothèse où le consentement du *solvens* fera défaut. Le joueur remet à sa contre-partie une somme d'argent, des créances, des valeurs, non pas à titre de paiement, mais à titre de gage, de nantissement, de couverture : ce qui était très pratique dans les opérations de bourse avant 1885, comme nous le verrons plus tard. Cette remise n'équivaut pas au paiement, elle n'est qu'une convention accessoire, nulle comme la convention principale dont elle est destinée à garantir l'efficacité. Il s'ensuit que le gagnant ne pourra s'approprier les objets remis en gage : le perdant qui en est resté propriétaire pourra les revendiquer. Toutefois, il ne pourrait en réclamer la restitution si ultérieurement il avait consenti à leur vente et à l'attribution du prix au gagnant. Il y aurait alors paiement volontaire. Cette observation avait un grand intérêt avant 1885, relativement aux couvertures des agents de change (1).

Le consentement du *solvens* doit être libre. Le paiement ne serait donc pas volontaire s'il avait été obtenu par la violence, en supposant cette violence exclusive du consentement. Cela est évident.

Mais que décider, si le perdant a bien réellement consenti le paiement, et si son consentement se trouve simplement vicié ? L'art. 1967 prévoit simplement le cas où le gagnant s'est rendu coupable de dol. Il s'agit là de

(1) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 578 et 581. Pont, I, 655...Paris, 11 mars 1851 ; S. 51, 2, 145. Cass., 23 juillet 1855 (*Journ. du Palais*, 55, 2, 41). Bordeaux, 1858 ; S. 59, 2, 188. Cass., 24 juillet 66 ; S. 67, 1, 24. Paris, 13 juin 1868 ; S. 68, 2, 208; Paris, 30 juin 1894; S. 95, 2 257.

manœuvres dolosives qui ont provoqué le paiement sujet à répétition. Le gagnant peut s'être rendu coupable de dol dans le cours de la partie. Il peut avoir triché. Il est certain que dans ce cas le perdant pourra répéter, même s'il a volontairement payé, pourvu qu'il ait agi dans l'ignorance du dol de l'autre partie. Voilà pour le dol du gagnant dont s'explique l'art. 1967 ; mais que décider à l'égard des autres vices du consentement qui, de droit commun, permettent de demander la nullité des obligations : la violence et l'erreur ?

Sans hésitation on peut admettre que le paiement fait à la suite d'une violence soit physique, soit morale, sur la personne du perdant n'est pas un paiement volontaire, aux termes de la loi (1).

Quant à l'erreur, il faut distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Si le perdant a payé une somme supérieure à celle qu'il devait réellement, il pourra répéter l'excédent. La raison en est que dans la mesure où il dépasse la dette, le paiement est sans cause. C'est ici la théorie de la cause et non celle du consentement qui doit être invoquée (2).

Quant à l'erreur de droit, on ne s'accorde pas sur les effets. Il se peut que le perdant ait payé la dette de jeu, dans la pensée qu'il était tenu civilement et pouvait être de ce chef actionné en justice. Certains auteurs décident que dans cette hypothèse le paiement est annulable, en vertu des principes généraux (3).

(1) Frèrejouan-du-Saint, n° 22.

(2) Frèrejouan-du-Saint, n° 20.

(3) Aubry et Rau, IV, § 343 *bis*, p. 297, note 5. Colmet de Santerre, t. VIII, n° 180 *bis*, 1. *Contra :* Frèrejouan-du-Saint, n° 21.

S'il s'agissait d'une obligation naturelle à laquelle s'applique l'art. 1235, cette solution devrait être admise sans conteste. Mais la théorie de la dette de jeu et celle de l'obligation naturelle sont distinctes. D'autre part, l'article 1967 est conçu dans d'autres termes que l'art. 1235. Le dol du gagnant y est présenté comme la seule cause possible d'annulation du paiement. La violence est un dol aggravé. Il semble donc qu'en dehors du cas où l'on peut reprocher au gagnant un délit civil, le paiement ne soit pas annulable. L'erreur de droit ne peut donc être invoquée comme viciant en elle-même le consentement du *solvens*. Si cette erreur est le résultat de manœuvres du créancier, alors nous rentrons dans l'hypothèse prévue par l'art. 1967, celle d'un dol.

3° Enfin, dernière condition pour que le paiement d'une dette de jeu soit valable, il faut qu'il ait été fait par une personne capable : ce n'est du reste que l'application des principes généraux du droit civil.

Ainsi les mineurs et les interdits ne peuvent valablement payer une dette de jeu, et s'ils l'ont payée, ils peuvent répéter les sommes qu'ils ont versées. Cette action en restitution dure dix ans, conformément à l'art. 1304 Code civil. Mais comme le paiement, quoique non valable, est cependant un paiement volontaire, il faut en conclure que ce paiement deviendrait pleinement valable si à sa majorité le mineur le ratifiait (1).

Pour le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, la

(1) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 578 ; Duranton, XXVIII, 117 et suivants. Troplong, n° 149. Pont, I, 660.

question présente un intérêt particulier, car on sait que la nomination d'un conseil judiciaire a souvent pour cause des dépenses exagérées au jeu. On sait aussi que l'incapacité du prodigue est assez restreinte : il reste maître d'accomplir les actes d'administration, notamment de toucher ses revenus et d'en disposer. Il peut donc sur ses revenus payer des dettes de jeu. Mais comme il ne peut disposer de ses capitaux mobiliers sans l'assistance de son conseil, il ne peut sans cette assistance affecter ses capitaux au paiement de dettes de jeu (art. 513). Le paiement fait dans ces conditions pourrait être annulé. Si le conseil intervient pour autoriser le prodigue, le paiement sera à l'abri de toute critique ; mais alors se présente la question de savoir si le curateur n'engage pas sa responsabilité en prêtant son concours à des actes qui diminuent la fortune du prodigue. La plupart des auteurs l'admettent ; ils appliquent au curateur l'art. 1992 Code civil (1).

S'agissant de l'interdit judiciaire, point de difficulté. Il est de principe que les actes qu'il accomplit après l'interdiction sont nuls de droit, c'est-à-dire non de plein droit, mais sans qu'il soit besoin de preuve spéciale (art. 502). Si le paiement est antérieur à l'interdiction, il est annulable (art. 503). Il faudra seulement prouver que la cause de l'interdiction existait à l'époque.

Pour l'aliéné non interdit placé dans un asile, il est soumis à une règle peu différente. Il résulte de l'art. 39 de la loi de 1838 qu'il est incapable. Les actes qu'il

(1) Aubry et Rau, I, p. 571. Frèrejouan-du-Saint, n° 27.

accomplit pendant son internement peuvent être annulés (ce qui implique une certaine liberté d'appréciation pour le juge), sans qu'il soit besoin de prouver que l'acte incriminé lui-même a été accompli sous l'empire de la démence (1).

Quant à la femme mariée, même si elle est séparée de biens, elle ne peut acquitter valablement une dette de jeu que si elle est autorisée par son mari ; elle serait donc admise à répéter ce qu'elle a payé sans cette autorisation (2). Mais la femme pourrait valablement acquitter seule la dette de jeu qui a été contractée avec l'autorisation du mari (3). Depuis la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps pourrait valablement acquitter une dette de jeu sans l'autorisation de son mari, conformément à l'art. 3 de ladite loi modifiant l'art. 311 Code civil.

En ce qui concerne le mari, il peut payer les dettes de jeu avec ses propres, et même avec les valeurs de la communauté. Il peut, en effet, disposer comme il l'entend de l'actif commun, tant qu'il ne s'agit pas de libéralités. Il ne devrait même pas récompense à la masse commune lorsqu'il a payé la dette de jeu aux dépens de la communauté, car il n'a pas réalisé de ce chef un enrichissement personnel (4).

Cependant si, par un scrupule de délicatesse, lors de la

(1) Beudant, *Cours de droit civ* , t. II, n° 1082.

(2) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 578. Frèrejouan-du-Saint, n° 29. Cass., 30 déc. 1862 ; S. 63, 1, 257.

(3) Aubry et Rau, V, § 522, p. 578. Cass., 29 nov. 1865 ; S. 66, 1, 14.

(4) Aubry et Rau, V, § 522, p. 449. Duranton, XV, n° 8. Teissier *De la dot*, n° 76. Troplong, *Contrat de M.*, n° 1872.

liquidation de la communauté, le mari avait consenti à se reconnaître débiteur de la communauté pour une dette de jeu, il ne pourrait plus tard revenir sur ce règlement en déclarant qu'il avait commis une erreur de droit en accordant cette récompense à la communauté. Il y avait contre lui une dette naturelle résultant du préjudice par lui causé à la communauté, dette qui justifie son paiement à cette communauté (1).

SECTION II

A QUI PEUT ÊTRE OPPOSÉE L'EXCEPTION DE JEU ?

De la nature de l'exception de jeu, il résulte qu'elle ne peut être opposée qu'au gagnant qui se prévaut du jeu ou du pari, mais qu'elle ne saurait être opposée à des tiers, lors même que l'obligation invoquée par eux a sa source dans une dette de jeu. Nous allons donc diviser cette partie de notre travail en deux paragraphes. L'un sera intitulé : de l'Exception de jeu vis-à-vis du gagnant, et l'autre : de l'Exception de jeu vis-à-vis des tiers.

§ I. — *De l'Exception de jeu vis-à-vis du gagnant.*

Si le gagnant intente en justice une action pour réclamer purement et simplement le paiement de la somme due, le perdant opposera l'exception. Pas de difficultés à

(1) Cass. 5 avril 1892. *Gaz. des Trib.*, 6 avril, rapp. de M. Féraud-Giraud.

cet égard. Mais ordinairement les choses ne se passeront pas ainsi. Le gagnant aura soin de dissimuler la cause de son obligation sous une autre forme; il n'intentera pas une action en paiement, il cherchera d'une autre manière à se prévaloir de cette obligation. Ce sera au juge à déjouer ces fraudes. Quelle que soit la forme qu'ait revêtue l'obligation, le perdant peut toujours opposer l'exception de jeu.

Nous allons donc examiner les divers moyens qui s'offrent aux parties pour dissimuler une dette de jeu. Nous parlerons successivement de l'hypothèse du cautionnement, de celle de la cession de créances, de celle de la compensation, du compromis, du compte courant, de l'emprunt, du mandat. Nous insisterons sur celle de la souscription d'une obligation ou d'un effet de commerce. Enfin nous terminerons par quelques mots sur l'hypothèse de la transaction et celle de la novation.

Cautionnement. — La caution peut opposer au gagnant l'exception de jeu (1). Mais si la caution a payé, elle ne peut répéter contre le gagnant ce qu'elle a payé (art. 1967). Seulement, si elle se retourne contre le perdant, celui-ci pourra-t-il invoquer l'exception de jeu ?

Deux situations possibles : la caution a payé comme mandataire ; dans ce cas qui sera du reste examiné *infra*, le paiement est réputé avoir été fait par le perdant lui-même, alors il tombe sous l'art. 1967.

La caution a payé de sa propre initiative, sans mandat.

(1) Cass., 19 juin 1855 (*Journ. du Palais*, 1855, 2, 409). Trib. fédéral suisse, 23 janv. 1882 (*Journ. du Trib.* du 12 mars).

Elle n'a pu en payant à l'insu du perdant, peut-être même contre son gré, enlever à celui-ci les avantages que lui donnait l'art. 1965; le perdant pourra donc lui opposer l'exception de jeu. Elle n'aura même pas contre celui-ci l'action de gestion d'affaires. S'il en allait autrement, on arriverait à permettre indirectement ce que la loi ne permet pas directement, on irait contre la disposition de l'art. 1965 (1).

Cession de créance. — Deux hypothèses à distinguer. Le perdant, créancier d'un tiers, cède sa créance au gagnant en paiement de la dette de jeu en se conformant aux dispositions des art. 1690 et 1691 du code civil. Si le débiteur cédé était débiteur envers le cédant (le perdant) d'une dette de jeu, il peut opposer au cessionnaire (le gagnant) l'exception de jeu. Mais si la dette n'était pas une dette de jeu, alors, comme il est un tiers, il ne pourra pas opposer l'exception de l'art. 1965 (2).

Le perdant est le débiteur cédé. C'est le gagnant qui a cédé à un tiers la créance de jeu contre le perdant. Dans ce cas, le débiteur cédé n'est tenu à l'égard du cessionnaire que dans la mesure de son obligation envers le cédant, il pourra donc opposer au cessionnaire toutes les exceptions, tant personnelles que réelles, qu'il eût pu faire valoir contre le cédant, et notamment l'exception de jeu (3).

(1) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 375, note 5. Troplong, n° 72. Pont, n° 649. Laurent, t. XXVII, n° 218. Frèrejouan-du-Saint, n° 74. Req. 30 mai 1838, liv. 381, 753.

(2) Frèrejouan-du-Saint, p. 45 et suiv. Cass., 7 juillet 1869; S. 69, 3, 461.

(3) Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, p. 439. Req. rej., 20 août 1862; S. 63, 1, 303. Req. 9 janv. 1867; S. 67, 1, 445. Cass., 7 juill. 1869.

Bien mieux, le perdant cédé conservera le droit de faire valoir contre le cessionnaire l'exception de jeu qui lui compète, même s'il n'a fait aucune réserve à cet égard lors de la signification de transport. L'acceptation pure et simple de la cession ne lui enlèverait pas même ce droit, car elle n'emporte de sa nature aucun engagement personnel de la part du débiteur cédé (1).

Mais, en vertu des articles 1382 et 1383, le perdant cédé pourrait être condamné à réparer le préjudice causé au cessionnaire par son acceptation, si cette acceptation constituait de sa part une faute, par exemple si le perdant a accepté la cession d'une créance de jeu dissimulée sous la forme d'une reconnaissance causée pour argent prêté (2).

Il nous paraît du reste que le cessionnaire pourrait se retourner en garantie contre le cédant. Il peut invoquer l'art. 1693, puisqu'il lui a été cédé une créance nulle, à moins qu'il n'ait connu, au moment de la cession, les chances et risques qu'il courrait (art. 1629).

Compensation. — Si le gagnant invoquait contre le perdant la compensation, le perdant pourrait se prévaloir de la disposition de l'art. 1965. Pour que le perdant soit considéré comme ayant renoncé à l'exception de jeu, il faut qu'il ait payé volontairement (art. 1967). Or, la compensation ne saurait être considérée comme un mode de paiement volontaire, puisqu'elle s'effectue à l'insu et

(1) Aubry et Rau, I, § 359 *bis*, p. 440, note 53.

(2) Aubry et Rau, IV, § 359 *bis*, p. 440. Texte et note 53, 54 et 55.

même contre le gré du créancier. On ne se trouve donc pas dans les termes de l'art. 1967, et le perdant conserve le droit de se prévaloir de l'art. 1965, même en cas de compensation (1).

On objecte, il est vrai, l'art. 1293 *principium* : « La compensation a lieu quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes. » Certain auteur trouve une réponse assez plaisante. L'argument tombe, dit-il, devant le 1° de l'article qui exclut la compensation dans le cas de demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé. Ne peut-on pas, dit-il, assimiler la dette de jeu à une chose dont le débiteur aurait été injustement dépouillé (2) ?

La confusion est énorme. La loi veut dire que celui qui réclame ce dont il a été injustement dépouillé ne peut pas se voir opposer la compensation. Mais le perdant ne réclame pas le montant de la dette de jeu ; il se prévaut d'une créance quelconque. Il serait peut-être injustement dépouillé, si le gagnant lui opposait la compensation. Mais là réside la question.

Disons que le perdant n'est, à notre sens, tenu ni civilement, ni naturellement; qu'une dette non reconnue par la loi ne peut être opposée en compensation ; que le perdant, fût-il même tenu naturellement, comme le pensent des auteurs considérables, la compensation ne saurait lui être opposée. Autrement l'art. 1965 serait violé, puis-

(1) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 575. Pont, I, 643. Frèrejouan-du-Saint, n° 79. Tribunal d'Anvers, 15 novembre 1891 (*Jour. des Trib. de Belgique* du 15 mars).

(2) Frèrejouan-du-Saint, n° 70.

qu'il refuse au gagnant tout moyen direct ou indirect d'obtenir son paiement par la contrainte.

Où l'argument tiré de l'art. 1293-1° trouverait sa place, c'est dans l'hypothèse où le perdant ayant payé la dette de jeu agirait en répétition pour une cause ou pour une autre. Alors il serait vrai de dire qu'il a été injustement dépouillé de l'enjeu : il ne pourrait se voir opposer la compensation.

Compromis. — Le compromis est la convention par laquelle les parties soumettent la cause à des arbitres. Le compromis est réglé par les art. 1003 et suivants C. proc. civ.

Il faudra évidemment, pour que la question de savoir si le perdant pourra invoquer l'exception de jeu, se pose, qu'on se trouve en face d'une dette que les arbitres ont reconnue comme étant une dette de jeu. Etant donné qu'il s'agit bien d'une dette de jeu, les arbitres ont décidé quelle somme le perdant devrait payer au gagnant. Malgré cet arbitrage, le perdant n'en garde pas moins le droit d'opposer l'exception de jeu à la demande qui serait dirigée contre lui par le gagnant, lequel s'appuierait uniquement sur l'arbitrage (1).

Compte courant. — Le compte courant est une convention par laquelle deux parties stipulent que les créances qui pourraient naître de leurs relations d'affaires, quand

(1) Cass., 7 nov. 1865 ; S. 66, 1, 113. Paris, 25 févr. 1854 (*Journ. du Trib. de Commerce*, III, p. 139). Paris, 14 mai 1864. *Ibid.* XIV, p. 97.

elles entreront dans le compte, perdront leur individualité propre pour devenir de simples articles du crédit et du débit, de façon que le solde où elles se confondent sera seul exigible aux époques convenues (1).

Deux hypothèses à distinguer : 1° le gagnant a débité le compte du perdant du montant de la perte ; — 2° le perdant a crédité le compte du gagnant du montant de la perte.

I. — Le perdant dans le premier cas pourra opposer l'exception de jeu ; sinon le paiement dépendrait de la seule volonté du créancier. Or, pour qu'on puisse employer l'art. 1967, il faut que le paiement émané du perdant ait été *volontaire ;* or on ne peut dire ici qu'il a été volontaire, puisqu'il a dépendu du seul créancier : il est donc forcé. La seule inscription de la dette de jeu dans le compte courant non arrêté ne saurait donc emporter novation. L'exception de jeu est toujours possible (2).

Quelques arrêts ont été même jusqu'à décider que l'exception de jeu pouvait être invoquée, même lorsque le compte avait été expressément arrêté par les parties (3). Mais cette solution a paru trop rigoureuse et la Cour de cassation a décidé que l'approbation expresse donnée au compte courant pouvait être regardée comme constituant de la part du perdant un paiement volontaire, le rendant par suite irrecevable à opposer l'exception de jeu (4).

(1) Boistel, *Cours de droit commercial*, n° 880.
(2) Cass., 24 juin 1885 ; D. P. 86, 1, 35 ; 6 nov. 1888. 91, 1, 207.
(3) Alger, 28 juin 1887 (*Revue algérienne*, 1888, 2, 487).
(4) Cass., 16 mars 1891 ; S. 92, 1, 10. Paris, 11 juin 1887 (*Pand. franç.* 87, 2, 345).

Ceci est assez simple. Mais des difficultés peuvent se produire. Supposons que le bilan arrêté entre les parties et accepté par elles se solde par un déficit porté au débit du perdant: le perdant pour se libérer signe des effets de commerce ou des billets. Pourra-t-il invoquer l'exception de jeu quand on lui présentera à l'échéance ces effets? Il faut résoudre la question par une distinction. — 1° Le compte courant établi entre les parties ne présentait que des opérations de jeu. On se trouve alors dans l'hypothèse, ou des billets, ou des effets de commerce ont été souscrits en vertu d'une dette de jeu: hypothèse qui sera examinée *infra*. Mais il se peut, et c'est le cas le plus fréquent, que le compte courant renferme des opérations multiples : à côté d'opérations qui rentrent dans la notion du jeu, il y en a de parfaitement licites et obligatoires. *Quid* alors? Les créances portées en compte perdent leur individualité propre, n'ont plus d'existence distincte, font partie d'un tout indivisible; on ne peut plus appliquer divisément à certaines d'entre elles les règles des art. 1965 et suivants C. civ. La créance du solde définitif condense en elle toutes ces opérations licites et illicites. Elle est donc une créance valable et exigible, et le perdant ne pourra repousser la demande en paiement de billets souscrits, pour la libération de cette créance définitive (1).

II. — Dans notre deuxième cas, dès que le perdant a porté au crédit du compte du gagnant le montant de sa perte,

(1) Boistel, *Cours*, n° 884. Frèrejouan-du-Saint, n° 63. Cass , 6 mai 1868 ; D. P. 68, 1, 316.

il doit être considéré comme ayant payé et payé volontairement. Il se trouve donc soumis à l'art. 1967 et ne peut invoquer l'exception de jeu. Il faut donner cette solution aussi bien avant le compte arrêté, qu'après le compte arrêté. Dans les deux cas, il y a paiement volontaire (1).

Emprunt. — Quand le perdant emprunte au gagnant la somme nécessaire pour le désintéresser, et lui remet sur-le-champ cette somme, peut-il être considéré comme ayant payé volontairement et renoncé, par suite, à l'exception de jeu? Certains auteurs admettent l'affirmative (2). Mais la jurisprudence et la majorité des auteurs admettent la négative. Il serait trop facile, en effet, aux joueurs de tourner la prohibition de l'art. 1965. Cet emprunt fait par le perdant au gagnant est tout à fait fictif. En réalité, ce que les joueurs veulent, c'est dissimuler la nature de l'obligation, c'est laisser croire que la créance dont le gagnant poursuivra le recouvrement contre le perdant n'est pas une créance provenant du jeu, mais une créance provenant d'un prêt. Ils poursuivent encore le même but quand ils essayent de dissimuler la cause de l'obligation, soit en novant la créance, soit en la cédant, soit en transigeant sur elle, soit en souscrivant des billets ou effets de commerce. En réalité, et quand on va au fond des choses, on voit parfaitement que ce que le gagnant poursuivra, sous le titre de prêt, c'est bien sa créance de

(1) Paris, 22 mars 1832; S. 32, 2, 331. Paris, 11 juillet 1887 (*Pand. franç.*, 87, 2, 345). Cass., 16 mars 1891; S. 92, 1, 10.

(2) Pillette, *op. cit.*

jeu ; or le droit d'opposer l'exception de l'art. 1965 ne peut dépendre de la formule employée : *Mutuum colludenti factum non valet.* Le perdant conserve donc contre le gagnant, poursuivant le recouvrement de son prêt, l'exception de jeu (1).

Mandat. — Un joueur donne mandat à un tiers de jouer pour lui : les effets de ce mandat doivent s'envisager à l'égard des différentes personnes qui y concourent.

Dans les rapports du mandataire et de l'autre joueur : le mandataire ne peut être considéré par le partenaire que comme son véritable adversaire, le vrai joueur ; si donc le mandataire a perdu et que le gagnant le poursuive, le mandataire pourra lui opposer l'exception de jeu.

Dans les rapports du mandataire et du mandant, celui-ci est tenu d'indemniser le mandataire des dépenses faites pour l'exécution du mandat. Si donc le mandataire perdant a payé sur la poursuite du gagnant, il se retournera contre le mandant. Celui-ci pourra-t-il lui opposer l'exception de jeu ? Oui. Décider le contraire, ce serait priver le mandant, véritable perdant, du bénéfice de l'art. 1965 ; ce serait l'exposer à acquitter, contraint et forcé, ce que la loi ne veut qu'il ne paye que volontairement. Il ne faut pas se dissimuler que la solution semble inique : voilà un mandataire qui a reçu mandat de jouer ; ce mandat emportait virtuellement autorisation de payer la dette. Il accomplit scrupuleusement ce mandat, et le

(1) Aubry et Rau, II, § 386, p. 575. Troplong, n° 67. Pont, I, 647. Taulier, VI, p. 494. Frèrejouan-du-Saint, n° 66. Douai, 8 août 1857 ; D. P. 58, 2, 46

voilà privé de tout recours contre son mandant. Cette raison d'équité ne doit pas cependant nous faire abandonner la solution. Il ne faut pas oublier que la loi ne voit pas d'un œil favorable le jeu et le pari; il est bon que celui qui a reçu mandat de jouer, sache qu'il n'aura aucun recours contre son mandant; tant mieux, si cette règle rigoureuse éloigne du jeu ces mandataires (1)!

Souscription d'une obligation ou d'un effet de commerce. — C'est ici surtout que des fraudes sont à craindre; dans le but de tourner la loi, le perdant pourra, en effet, souscrire une obligation qui indiquera une cause civilement efficace, ou bien un effet de commerce. Il faut distinguer ces deux hypothèses.

Souscription d'une obligation. — Lorsque le perdant souscrit un billet, ayant en réalité pour cause une dette de jeu, et indique sur ce billet une autre cause civilement efficace, il n'en conserve pas moins l'exception de jeu de l'art. 1965. On ne saurait invoquer ici l'art. 1967, et dire que le perdant a payé volontairement. Autre chose est s'obliger par la souscription d'un billet, autre chose est payer. La souscription est plus dangereuse qu'un paiement. On s'oblige plus facilement qu'on ne paie ses dettes. La souscription d'un billet est facile; on n'hésite pas à engager pour l'avenir une partie de la fortune, tan-

(1) Aubry et Rau, VI, § 386, p. 574. Troplong, nos 73-74. Taulier, VI, p. 495. Pont, I, 650. Bordeaux, 3 fév. 1849; S. 49, 2, 693: Paris, 16 juillet 1851; S. 51, 2, 512. Paris, 31 juillet 1852; S. 52, 2, 690. Bordeaux, 15 juin 1857; S. 57, 2, 733. Cass., 3 mars 1875; D. P. 75, 1, 277. Cass., 24 juin 1885; D. P. 86, 1, 35.

dis qu'on aurait des hésitations fort sérieuses s'il s'agissait de payer séance tenante. Il y a là un danger, et c'est justement ce danger que le législateur a voulu conjurer en édictant l'art. 1965. Le perdant conservera donc l'exception de jeu, malgré qu'il ait indiqué dans son billet une autre cause civilement efficace (1).

Remarquons que l'obligation ainsi souscrite n'est pas nulle; le créancier ne peut simplement pas en poursuivre le recouvrement en justice, elle est inexigible ; mais, si ce débiteur payait volontairement, il ne pourrait pas exercer la répétition (art. 1967).

Souscription d'un effet de commerce. — Plusieurs hypothèses sont à distinguer.

Le perdant a souscrit un billet à ordre au profit du gagnant : on se trouve dans la même situation que tout à l'heure. Le gagnant ne peut pas exiger du perdant le paiement de ce billet ; le défendeur pourra avec succès lui opposer l'exception de jeu. Bien mieux, si ce billet n'a pas été mis en circulation, le perdant pourra en exiger en justice la restitution. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2).

(1) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 576. Frèrejouan-du-Saint, n° 37. Rouen, 11 juillet 1854 ; S. 55, 2, 170. Lyon, 21 mars 1856. S. 57, 3,525. Paris, 27 mars 1886 (*Pand. franç.* 86, 2, 372).

(2) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 576. Taulier, VI, n° 382. Duranton, XVIII, n° 107. Troplong, n°s 61 et 196. Frèrejouan-du-Saint, n° 40. Grenoble, 6 déc. 1823. Cass. 29 déc. 1824. Cass. 20 nov. 1826. Bordeaux, 12 déc. 1827. Dall. S. G. v° *Jeu*, n° 36. Montpellier, 4 juin 1828. Cass., 17 juillet 1828. Angers, 13 août 1831 ; S. 32, 2. 270. Cass., 12 janvier 1842 ; S. 42, 1, 438. Bordeaux, 31 janv. 1853 (*J. du Palais*, 55, 1, 240). Cass., 12 août 1854 (*J. du Pal.*, 54, 1, 527). Rouen, 14 juillet 1854

Mais le perdant ne pourra pas invoquer l'exception de jeu lorsque le billet à ordre aura été cédé à des tiers de bonne foi, ou lorsque des lettres de change auront été tirées sur le perdant et acceptées par lui ; l'art. 1965 s'applique dans les rapports des joueurs entre eux et non dans les rapports des joueurs avec les tiers (1). Mais le souscripteur du billet, après avoir payé le montant de ce billet ou de la lettre de change, pourra se retourner contre le gagnant bénéficiaire du billet et forcer celui-ci à lui rembourser ce qu'il a payé. De même le perdant qui a accepté la lettre de change tirée contre lui, sera obligé d'en payer le montant au porteur; mais il aura son recours contre le tireur. Sinon, ce serait trop facile d'éluder la prohibition de l'art. 1965 (2). Du reste, dans cette hypothèse, l'art. 1967 ne s'applique pas, puisque si le perdant a payé, il n'est pas vrai de dire qu'il a payé volontairement : il ne pouvait s'y refuser, puisque l'exception n'est pas opposable aux tiers. — Nous avons donné dans l'hypothèse de simple cession de la dette de jeu une

(*J. du Pal.*, 55, 2, 81). Cass., 4 déc. 1854 (*J. du Pal.*, 54, 2, 545). Lyon, 11 mars 1856 ; S. 57, 2, 525. Cass., 4 nov. 1857 ; D. P. 57, 1, 441. Paris, 27 nov. 1858 ; S. 59, 2, 88. Angers, 24 août 1865 ; S. 67, 2, 867. Paris, 6 janv. 1882 ; D. P. 83, 3, 81. Paris, 19 janv. 1886 (*Pand. franç.*, 86, 2, 161.)

(1) Aubry et Rau, II, § 386, p. 576. Paris, 28 janvier 1853 ; S. 53, 2, 231. Cass., 18 avril 1854 ; S. 54, 1, 313. Cass., 16 déc. 1879 ; S. 81, 1 421. Paris, 29 sept. 1882 ; S. 83, 2, 132.

(2) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 576. Pont, I, 642. Cass. civ., 12 avril 1854 ; S. 54, 1, 313, cassant un arrêt de la Cour de Paris du 28 janv. 1853 ; S. 53, 2, 231 ; Civ. rej., 6 déc. 1854 ; S. 54, 1, 763. Paris, 20 nov. 1858 ; S. 59, 2, 88. Paris, 29 mars 1887 (*Pand. franç.*, 87, 2, 376). — *Contrà* : Frèrejouan-du-Saint, n° 42.

solution différente. C'est que le cessionnaire n'est pas un tiers. Il tient les droits du cédant, et n'a pas en principe plus de droits que son auteur. L'endosseur d'un billet à ordre ou le porteur d'une lettre de change agissent *jure proprio*, ils sont des tiers dont les droits n'ont pas pour mesure les droits de leur auteur.

Il se peut que le perdant n'ait pas souscrit de billet à ordre. Il a endossé un billet au profit du gagnant, qui lui-même l'a endossé à des tiers. *Quid ?* Si le souscripteur ne paie pas le billet à l'échéance, les endosseurs vont se retourner successivement contre le gagnant. Celui-ci, s'il poursuit l'endosseur précédent qui est le perdant, se verra repoussé par l'exception de jeu (1).

Mais le gagnant pourra poursuivre le souscripteur primitif du billet, car dans ce cas il n'exerce pas l'action de jeu (2).

Le perdant, au lieu d'endosser le billet au gagnant, peut se borner à le lui remettre. Si ce billet est payable au porteur, cette simple remise en a transmis la propriété au gagnant. Les choses en définitive ne doivent pas se passer autrement que si le perdant avait remis au gagnant pour se libérer un billet de banque. Il doit être considéré comme ayant payé volontairement, et par suite, en vertu de l'art. 1967, il sera déchu du droit d'invoquer l'exception de jeu quand le gagnant poursuivra contre lui le recouvrement du billet (3).

(1) Cass., 6 août 1878 ; S. 78, 1, 418.

(2) Cass., 6 août 1878 ; S. 78, 1, 418.

(3) Frèrejouan-du-Saint, p. 44. — Jugé aussi que le directeur d'une maison de jeu qui a prêté de l'argent à une personne dans le but de l'exciter au jeu, auquel il était personnellement intéressé et qui, pour

Transaction. — La loi refusant toute action pour le paiement d'une dette de jeu ou de pari, on doit en conclure qu'une dette de cette nature ne peut pas être convertie, par voie de transaction, en une obligation civilement efficace. Il s'agit, bien entendu, ici de la transaction intervenue sur le chiffre d'une dette à laquelle tout le monde reconnaissait le caractère de dette de jeu (1).

Bien entendu, si la transaction a porté sur la question même de savoir si la dette était ou non une dette de jeu, cette transaction en elle-même, en tant que transaction, sera valable.

Novation. — D'une façon générale, il convient de dire que la novation par laquelle les parties tenteraient de transformer la dette de jeu en une dette civilement efficace, ne saurait avoir d'effet. Cela résulte d'abord de la lettre et de l'esprit de l'art. 1965, qui repousse toute action en paiement d'une dette de jeu, qu'elle soit intentée par une voie directe ou par une voie détournée. C'est encore une conséquence de la théorie que nous avons admise pour expliquer l'art. 1965. Le jeu ne fait pas naître d'obligation, faute de cause légalement suffisante. Or la nova-

se rembourser de ses avances, a tiré sur le débiteur des lettres de change que celui-ci a acceptées, doit être condamné à la garantie des condamnations prononcées contre lui au profit des endosseurs. Paris, 16 janvier 1894 ; S. 95, 2, 42.

(1) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 575. Maleville, sur l'art. 1965. Duranton, XVIII, 107. Troplong, nos 61 et 196. Pont, I, 645. Pillette, Zachariæ, § 385, note 10. Frèrejouan-du-Saint, n° 72. Rouen, 14 juillet 1854 ; S. 55, 2, 170. Cass., 17 janvier 1882 ; D. P. 82, 5, 335. Cass. belge, 18 nov. 1891. Trib. fédéral suisse, 23 janv. 92 (*Journ. du Trib.* du 12 mars).

tion suppose nécessairement une obligation préexistante qu'elle a pour objet de transformer (1).

§ II. — *De l'Exception de jeu vis-à-vis des tiers.*

Elle ne leur est pas opposable.

Le caractère de dette de jeu ne saurait être attribué ni aux obligations contractées envers celui qui, sans avoir servi d'intermédiaire dans une opération de jeu, a reçu et exécuté le mandat d'en régler la perte, ni aux emprunts faits pour jouer lorsque le prêteur est resté étranger au jeu, ni même aux engagements résultant de prêts faits après le jeu, par l'un des joueurs à l'autre, pour lui permettre de solder ce qu'il a perdu envers un troisième (2).

Nous allons donc examiner successivement deux hypothèses : celle du mandat et celle de l'emprunt.

Hypothèse du mandat. — Le mandat de payer une dette de jeu est valable. En effet, le perdant peut volontairement acquitter cette dette (art. 1967) ; il peut par cela même charger un tiers de la payer en son nom. Donc, quand le mandataire aura exécuté son mandat, il se retournera contre son mandant, le perdant, et celui-ci ne pourra pas lui opposer l'exception de jeu (3).

Il faut, bien entendu, pour que l'action du mandataire

(1) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 575, t. et n. 9. Maleville sur l'art. 1965. Duranton, XVIII, 107. Troplong, nos 61 et 196. Pont, I, 645. Pillette, *cit.* Zachariæ, § 386, note 10.

(2) Aubry et Rau, IV, § 386, n° 575.

(3) Aubry et Rau, IV, § 386, p. 575. Troplong, 4071. Pont, *Petits contrats*, I, 650. Ballot, *Rev. de droit franç. et étranger*, 1849. VI, p. 309. Frèrejouan-du-Saint, n° 78. — Paris, 7 janvier 1874. D. P. 77, 5, 267.

ne puisse pas être repoussée par l'exception de jeu, que ce mandataire n'ait pas participé au jeu et n'y ait eu aucun intérêt ; sinon il devrait être considéré comme s'étant associé à une opération désavouée par la loi, et comme étant par suite devenu créancier d'une dette de jeu (1).

Mais le tiers qui sans mandat aurait acquitté une dette de jeu ne jouirait pas contre le perdant de l'action de gestion d'affaires, et ne pourrait par suite contraindre quelqu'un à payer une dette que la loi veut, avant tout, que l'on solde volontairement (2).

Hypothèse de l'emprunt. — En principe, lorsque le perdant a emprunté à un tiers pour désintéresser le gagnant, ce tiers prêteur pourra poursuivre contre le perdant le recouvrement de ce qu'il lui a prêté, et son action ne pourra pas être paralysée par l'exception de jeu. Et cela, alors même que le prêteur aurait su pertinemment que les deniers qu'il avançait étaient destinés à régler une dette de jeu.

Le désir de payer la dette de jeu est un des mobiles qui ont provoqué le prêt. Mais ce mobile est en lui-même indifférent pour la validité de l'opération. Le motif juridique, la cause de l'obligation de l'emprunteur est dans la numération des deniers. Cette numération suffit à elle seule pour que le prêt fasse naître une obligation valable à la charge de l'emprunteur (3).

(1) Frèrejouan-du-Saint, n° 78. Cass., 26 févr. 1845 ; S. 45, 1, 161. Cass., 3 mars 1875 ; S. 75, 1, 396.

(2) Aubry et Rau, II, § 386, p. 575, note 5. Troplong, n° 72. Pont, I, 649. Req. 30 mai 1838; S. 38, 1, 753.

(3) Aubry et Rau, IV, p. 575, § 386; Pont, n° 648. Laurent, XXVII,

Il faut seulement que le prêteur soit étranger au jeu dont le perdant veut solder la perte. Toutes les fois que cette condition sera remplie, le prêt sera valable. Ainsi il importerait peu que le prêteur fût lui-même un joueur (1). Cependant on peut se demander si au cas où le gagnant, que le prêt permettra de désintéresser, serait débiteur lui-même d'une dette de jeu envers le prêteur, le prêt serait valable. Nous croyons que oui, car le prêt étant postérieur à la partie, il n'est pas vrai de dire que le prêteur ait été, au moins en cette qualité, intéressé au jeu. Mais toutes les fois que le prêteur aura au jeu un intérêt quelconque, soit direct, soit indirect, il devra être considéré comme joueur lui-même, et par suite le perdant pourra opposer l'exception de l'art. 1965 à la demande en remboursement intentée contre lui. Le motif en est que le législateur veut empêcher le jeu autant qu'il est possible ; or, s'il y a quelqu'un qui pousse au jeu inévitablement, c'est celui qui se trouve à côté du perdant et qui lui fait des avances alors qu'il est entraîné par la passion, emporté par le désir de rattraper un gain qui fuit sans cesse devant lui, et il est certain que ce prêteur excitera d'autant plus le joueur qu'il aura un intérêt quelconque au jeu. Il est donc de toute équité qu'on lui refuse la répétition de sommes qu'il a avancées ; cela lui donnera à réfléchir.

La jurisprudence est très sévère à cet égard et on ne

n° 221. Paris, 6 juillet 1882 ; D. P. 84, 2, 95. Cass., 4 juillet 1892 ; S. 92, 1, 513, et la note. Trib. de Bruxelles, 27 janvier 1893 ; S. 94, 4, 32.

(1) Aubry et Rau, IV, p. 575, § 386. Troplong, n° 66. Pont, II, n° 649. Cass., 15 nov. 1864 ; S. 65, 1, 77.

saurait l'en blâmer. En vertu du même principe, qu'il faut fermer l'accès des tribunaux à tous ceux qui vivent uniquement aux dépens de la passion malheureuse du jeu, elle décide que l'exception de jeu peut être opposée par le perdant même au prêteur qui ne participe pas au jeu, s'il résulte des circonstances que le prêt a été fait alors que le prêteur connaissait la destination des deniers prêtés, mais surtout en vue d'alimenter le jeu de l'emprunteur. Dans cette hypothèse, le prêteur sera évidemment intéressé au jeu, si les prêts successifs qu'il consent à son débiteur lui permettent de rentrer dans les avances faites. Il y a là une question de fait que le tribunal appréciera. Est-ce que le prêteur savait qu'en refusant au joueur la somme que celui-ci lui demandait, il l'empêcherait de continuer le jeu ? Il faut, et ce sont les termes mêmes de la Cour de cassation, « que le prêteur ait concouru *sciemment* et *intentionnellement* à l'acte illicite que la loi désavoue (1). »

Cette jurisprudence offre un intérêt très particulier pour les cercles, où l'emprunt est encouragé en vue de garnir plus sûrement la table de jeu. Le cercle a sa caisse qui fait des avances aux joueurs pendant les parties : ceux-ci, entraînés par la passion du jeu, n'hésitent pas à y recourir très souvent, toujours dominés par cette idée qu'il suffit d'un hasard heureux pour rattraper tout ce qu'ils ont déjà perdu. La partie enfin achevée, le malheureux joueur se trouve en face d'un découvert considérable, et aussi en face de gens, le plus souvent dépourvus de tout

(1) Cass., 1892; S. 92, 1, 513.

scrupule, qui n'hésiteront pas à recourir aux moyens de droit les plus rigoureux pour se faire rembourser. C'est ici que la jurisprudence intervient (1).

La question a encore un intérêt pratique dans ce cas où le prêt a été fait par un garçon du cercle où le jeu se fait. Ceci se pratique très couramment. La Providence apparaît souvent aux yeux du joueur décavé, sous la forme du garçon de cercle qui consent presque toujours à vouloir bien avancer à Monsieur ses petites économies. Mais si la déveine poursuit le perdant, ce garçon pourra-t-il triompher dans l'action en paiement qu'il intentera au perdant ?

La jurisprudence a tout d'abord posé en principe que la qualité de garçon de cercle ne suffit pas à elle seule et par elle-même pour faire présumer que le prêt consenti par ce garçon a été fait en vue d'alimenter la partie. Il faudra donc que cette intention résulte des circonstances de la cause, mais elle ne saurait être présumée. Ce n'est du reste que l'application particulière du

(1) Il a été jugé que le prêt fait à un joueur au cours ou à l'issue d'une partie par le directeur du casino où s'effectue la partie, au moyen de jetons de valeur conventionnelle ou en espèces, est illicite et que l'action en remboursement de ce prêt doit être repoussée par l'exception de jeu. — Qu'il doit en être ainsi alors même que les fonds auraient été remis en espèces et *après la clôture de la partie* au joueur malheureux par le directeur du casino, ce dernier en sa qualité étant intéressé aux résultats du jeu auquel il participe au moins indirectement à raison des profits qu'il en retire, ce directeur dans de telles conditions ne pouvant être considéré comme un prêteur de bonne foi désintéressé et étranger au jeu. (Trib. d'Orange, 12 juin 1891. *Gaz. du Pal.*, 26 juillet 1891.) Sur ces deux points accord de la jurisprudence et de la doctrine.

principe général que nous avons posé plus haut (1).

Mais cette intention apparaît claire et intentionnelle lorsque le garçon a prêté au joueur *au cours d'une partie de jeu :* il semble bien évident alors que le garçon de cercle a favorisé un acte que la loi réprouve, qu'elle considère comme illicite, et par suite l'exception de jeu pourra lui être opposée lorsqu'il poursuivra le recouvrement de ses avances (2). Mais cette intention ne se manifeste plus lorsque le garçon a fait le prêt au joueur malheureux, non pendant la partie, mais après, et que ce prêt a été fait non pas pour lui permettre de continuer le jeu, mais pour lui permettre de payer une dette de jeu (3).

SECTION III

PREUVE.

Le gagnant poursuit le perdant. Conformément aux principes généraux, il devra faire la preuve de son droit, établir qu'il est créancier, et pourquoi il est créancier. Mais il prouvera par cela même qu'il est créancier en vertu d'une dette de jeu : il sera donc repoussé. Pas de difficultés sur ce point. Les difficultés apparaissent quand la dette de jeu se dissimule sous les apparences d'une obligation valable comme ayant une cause civilement efficace. Le perdant va résister et opposer l'exception de jeu.

(1) Trib. de Toulouse, 7 juin 1892 (*Gaz. des Trib. du Midi,* du 12 juin).

(2) Cass., 4 juillet 1892 ; S. 92, 1, 513.

(3) Paris, 6 juillet 1882 ; D. P. 84, 2, 95.

Une première question se pose alors : qui devra prouver la véritable origine de la dette, la cause réelle de l'obligation ? Evidemment c'est le défendeur. Il oppose une exception et doit en établir le bien fondé. *Reus in excipiendo fit actor.*

Une deuxième question s'élève sur le point de savoir comment le défendeur va prouver son exception. On peut répondre : par tous les moyens admis par la loi, par témoins et même par simples présomptions.

Contre cette solution on peut élever deux objections tirées de l'art. 1341 C. civ.

On sait que ce texte pose un double principe. 1° Il ne peut être reçu aucune preuve par témoins outre ou contre le contenu aux actes ;

2° Tout fait juridique présentant un intérêt supérieur à 150 francs ne peut être prouvé par témoins.

On voit le parti qu'on peut tirer contre notre dire de ces deux règles.

1° Tout d'abord, puisqu'il ne peut être prouvé par témoins contre le contenu aux actes, il semble que ce débiteur n'ait aucun moyen d'établir, contrairement aux énonciations du titre, que sa dette a pour cause une convention de jeu. Il n'en est rien. C'est un principe très général de notre droit que la fraude se prouve par tous les moyens. L'art. 1341 ne déroge pas à cette règle. Or les parties ont agi dans un but de fraude, dans le dessein de violer une disposition prohibitive de la loi, la règle de l'art. 1965 qui retire aux conventions de jeu tout caractère obligatoire. Indépendamment de cet argument d'ordre général, nous pouvons invoquer l'art. 1131 qui déclare sans effet

l'obligation sur fausse cause. Sans entrer dans l'examen des difficiles questions que soulève ce texte, disons qu'il implique le droit pour la partie qui veut invoquer la nullité de son engagement, de prouver que la cause en est fausse ; cela de la manière la plus large. Telle est bien ici l'hypothèse, l'obligation mentionne une fausse cause, et dans la réalité elle ne repose sur aucune cause, civilement efficace. Au point de vue pratique, il n'est pas douteux qu'appliquer en notre matière l'art. 1341, c'est ôter pratiquement à l'art. 1965 son efficacité (1).

2° Les mêmes raisons nous feront écarter l'application de l'autre règle. Au-dessus de 150 francs la preuve testimoniale d'un fait juridique n'est plus recevable. Or il ne s'agit pas de prouver un fait juridique, mais, ce fait juridique étant donné, d'établir qu'il ne peut produire certains effets. Si la preuve testimoniale n'était pas admissible, il s'ensuivrait que plus l'intérêt serait élevé, plus l'application de l'art. 1965 serait important, moins ce texte serait obéi (2).

SECTION IV

CONFLITS DE LÉGISLATIONS.

Au commencement de cette étude, il faut poser en principe que l'exécution d'un contrat valablement conclu à l'étranger ne peut être obtenu de la justice française, si cette exécution est en opposition avec une loi d'ordre public en vigueur en France. Les lois d'un pays étranger

(1) Frèrejouan-du-Saint, n° 80.
(2) Frèrejouan-du-Saint, n° 81.

ne sauraient déroger aux lois prohibitives de notre pays. Quant à la forme, les obligations qui naissent du jeu et du pari sont régies par les lois du lieu du contrat ; elles sont soumises au principe *locus regit actum*. Quant au fond, il faut distinguer les lois qui, comme la loi française, retirent tout effet obligatoire aux conventions de jeu ; ces lois ont un caractère d'ordre public. Il s'ensuit que la loi du pays où l'exécution de la convention de jeu est poursuivie doit être obéie (1).

Donc une dette fondée sur une obligation de jeu ou de pari, alors même qu'elle serait contractée conformément à la loi du pays où elle est passée et que la législation de ce pays n'en proclamerait pas la nullité, ne pourrait pas faire en France l'objet d'une action de justice, parce qu'en France l'exception du jeu est en principe d'ordre public (2).

La question s'est posée principalement à propos des contrats de société ayant pour objet l'exploitation d'une maison de jeu en France et formés en pays étrangers. Ces contrats, en les supposant valables et libres dans le pays où ils sont formés, ne peuvent recevoir d'exécution en France (3). Réciproquement, si le contrat de jeu est passé dans un pays où il est licite et reconnu, par des

(1) Cass. belge, 19 nov. 1891 (*Journ. du droit inter.*, 1893, p. 225).

(2) Bertrand, *Questions pratiques*, I, p. 37. Weiss., *Traité de dr. int. pr.*, p. 802. Despagnet, *Trait. de dr. int. pr.*, n° 420. Laurent, *Droit intern.*, p. X, 8, p. 170 et suiv. Surville et Arthuys, *Cours élém. de dr. int. pr.* (2e éd.), n° 248. Cass. Rome, 10 fév. 1890 (*Journ. dr. int. pr.*, 1891, p. 292). Bruxelles, 19 nov. 1890. Hist. 1893, p. 226,-29 mars 1891. *Jurisp. d'Anvers*, 1891, p. 156.

(3) Despagnet, n° 420. Surville et Arthuys, *op. cit.*, n° 248. Paris, 31 mars 1849 ; S. 49, 2, 464. Trib. de la Seine, 29 juillet 1865 (*G. des*

parties dont la loi nationale le prohibe, il doit cependant recevoir exécution, car il est réglé non par le statut personnel des contractants, mais par le statut réel (1).

Ces principes s'appliquent à toute convention entrant dans le domaine de l'exception de jeu. Ainsi les loteries étrangères sont prohibées en France quand elles n'ont pas été autorisées, à moins qu'elles n'aient été l'objet d'une convention internationale.

Ainsi le traité de commerce conclu par la France avec la Belgique le 31 octobre 1881 ne renouvelle pas la clause de l'art. 36 du traité de commerce conclu entre ces deux puissances le 1er mai 1861. Cet article décidait que toutes les valeurs à lots ou à primes émises par les provinces, les villes, les établissements publics et sociétés anonymes de Belgique, et cotées à la Bourse de Bruxelles, étaient admises à la cote de la Bourse de Paris, pourvu que l'intérêt de ces valeurs ne fût pas inférieur à 3 0/0. Il y avait donc là convention diplomatique permettant de poursuivre en France l'exécution des transactions relatives à ces valeurs. Comme cette convention n'a pas été renouvelée en 1881, il faut désormais une loi spéciale pour valider en France les opérations de cette nature faites en Belgique et réciproquement (2).

Trib., 25 août 1865). — Cependant des décisions sont en sens contraires, mais antérieures aux précédentes. Trib. de la Seine, 12 mars 1847 (*G. Trib.* du 13). Paris, 22 fév. 1849 ; S. 1849, 2, 144.

(1) Frèrejouan-du-Saint, n° 272. Laurent, VIII, n° 113. Vincent, *Loterie*, n° 17. Cour de justice de Genève, 2 mars 1891 (*Semaine judiciaire*, 12 août 1891).

(2) Trib. de la Seine, 18 juin 1885 ; S. 86, 2, 165. Nancy, 1er déc. 1886 ; S. 87, 2, 54. Cass. belge, 18 juillet 1887 ; S. 88, 4, 4.

Les marchés à terme sont régis par les mêmes principes. D'où les conséquences suivantes : les marchés à terme conclus en France entre Français et étrangers sont valables tant à l'égard de l'un que de l'autre, si le marché répond aux conditions de validité requises par la loi, c'est-à-dire s'ils ne dissimulent pas un jeu. De toutes façons on appliquera la loi française si les tribunaux sont saisis de la question de validité du marché. De même les marchés à terme conclus à l'étranger entre Français et étrangers sont régis par le statut réel, c'est-à-dire en principe par la loi du pays où le marché est passé (1). Il existe cependant une exception, c'est quand les marchés à terme sont conclus dans les Echelles du Levant ou dans les autres pays dits hors chrétienté : ici la loi française est toujours appliquée aux Français en vertu des capitulations (2).

Au point de vue pénal, l'étranger est soumis aux lois de police et de sûreté qui obligent tout le monde sur le territoire français (art. 3 C. C.) ; or, les lois réprimant le jeu sur les voies publiques et dans les lieux publics étant lois de police, les étrangers y sont soumis (3).

(1) Lyon-Caen et Renault, *T. de dr. commerc.*, V, n° 285.

(2) Cass., 22 juin 1891 (*le Droit*, 27 juin).

(3) Jugé que les tribunaux français sont compétents pour juger les étrangers ayant organisé une loterie en France ou ayant délivré en France des billets de loterie étrangère. Trib. Seine, 5 mars 1892 ; *Jurisp. financière*, 1892, p. 244. Il en est de même pour la négociation des valeurs à lots.

DEUXIÈME PARTIE

DOMAINE DE L'EXCEPTION DE JEU

CHAPITRE PREMIER

LOTERIES.

Les loteries sont réglementées dans notre droit par une loi du 21 mai 1836. « Les loteries sont prohibées », déclare en principe l'art. 1er de la loi. Quel caractère assigner à cette prohibition ? La loterie n'est-elle pas une variété du jeu, et ne faut-il pas entendre la loi de 1836 en ce sens que les loteries prohibées tombent sous le coup de l'art. 1965 du code civil ?

Tout d'abord, quelles opérations constituent des loteries, à quels caractères distinctifs reconnaître ces sortes d'opérations ? La loi n'en donne pas une définition. Elle se borne à énumérer d'une manière empirique un certain nombre de combinaisons qu'elle prohibe.

« Sont réputées loteries et interdites comme telles, dit l'art. 2, les ventes d'immeubles, de meubles ou de marchandises effectuées par la voie du sort, ou auxquelles auraient été réunies des primes ou autres bénéfices dus

au hasard ; *et généralement, toutes opérations offertes au public pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait conquis par la voie du sort.* »

Attachons-nous à cette dernière partie du texte. La loterie est une *opération*, c'est-à-dire un contrat à titre onéreux. Il n'y aurait donc pas loterie prohibée si les chances de gain avaient été acquises gratuitement, sans sacrifice pécuniaire. Il n'y aurait donc pas loterie, si un certain nombre d'objets avaient été distribués gratuitement par la voie du sort aux personnes qui font partie d'une réunion (1).

Cependant, c'est une question de fait parfois très délicate à trancher que celle de savoir si les chances de gain ont été acquises sans débourser. La question s'est posée principalement ces derniers temps à l'occasion de primes offertes par de grands journaux à leurs abonnés et distribuées par voie de tirage au sort. La jurisprudence a décidé à différentes reprises que l'offre de ces primes constituait l'organisation d'une loterie prohibée par la loi (2).

La loterie est donc un contrat à titre onéreux, intervenant entre deux groupes de personnes : l'organisateur de la loterie tout d'abord, qui s'engage à remettre une somme d'argent, ou encore certains objets mobiliers ou immobiliers à celui des souscripteurs que favorisera le sort ; les

(1) Voir cependant Lyon, 11 avr. 1892 ; S. 92, 2, 314.

(2) Lyon, 7 mai 1884 ; D. 85, 2, 271. Cass., 9 janv. 1885, S. 85, 1, 404. Paris, 13 févr. 1883 ; S. 85, 2, 179. (Dans cette dernière espèce, il s'agissait de l'offre par un journal de billets de théâtres à certains abonnés désignés par le sort.)

souscripteurs, qui s'engagent à verser une certaine somme, et acquièrent en échange de ce sacrifice le droit de participer au tirage au sort.

Telle est bien la pensée de la loi quand elle nous parle d'une manière un peu obscure « de ventes d'immeubles, de meubles ou de marchandises effectuées par la voie du sort ».

Le propriétaire d'un immeuble peut le mettre en loterie. Il est entendu que celui des souscripteurs que le sort aura favorisé sera déclaré acheteur. Il va de soi qu'il n'y a là d'une vente que le nom. L'opération en question diffère d'une vente en ce qu'elle est aléatoire. La loterie est, en effet, le contrat aléatoire par excellence, puisqu'elle implique l'attribution des lots par voie du sort (1).

Elle diffère du pari et du jeu, qui n'est qu'une forme du pari, en ce que l'alea est simple. Pour l'organisateur il n'y a pas d'alea : quel que soit le résultat du tirage, il devra les lots, il aura touché le montant des souscriptions, et de ce chef il aura réalisé un bénéfice appréciable. Pour les souscripteurs, l'opération sera avantageuse ou désavantageuse, selon que le sort les favorisera ou non.

Il est vrai que l'organisateur peut s'être réservé un certain nombre de chances au tirage. Alors l'opération se présente comme plus complexe : elle n'en reste pas moins une loterie caractérisée par ce fait que l'organisateur garde un rôle distinct et que pour lui l'alea n'est plus le même que pour les souscripteurs.

Il se peut que les parties aient toutes le même rôle et

(1) Lyon, 11 avr. 1892 ; S. 92, 2, 314.

les mêmes chances. Un certain nombre de personnes s'assemblent et mettent en commun une somme qui sera distribuée à celle d'entre elles que désignera le sort. Ce n'est plus une loterie, c'est une tontine ou une opération de même nature, à laquelle la loi de 1836 ne serait pas applicable.

Ainsi, pour nous résumer, la loterie est un contrat aléatoire, à titre onéreux, intervenant entre un organisateur qui s'engage à verser les lots aux personnes désignées par le sort, et des souscripteurs qui s'obligent à payer une certaine somme pour participer aux chances du tirage.

Parmi les loteries, il faut classer les diverses opérations que prévoit la loi de 1836 : les ventes de meubles ou d'immeubles faites par la voie du sort, les ventes faites avec prime, lorsque cette prime constitue un billet de loterie. La loi présume qu'ici la vente n'est que l'opération accessoire et que l'acheteur a surtout été tenté par les chances de gain attachées au billet.

Mais la forme de la loterie la plus répandue aujourd'hui, c'est celle de la loterie de titres, dont la loi de 1836 ne parle pas. Pour faciliter l'émission d'emprunts, des établissements de crédit, de grandes sociétés, la ville de Paris ont offert au public des titres qui constituent de véritables billets de loterie et donnent droit de participer à des tirages périodiques. Les numéros sortants sont remboursés, les uns au pair, les autres, plus favorisés, au-dessus du pair, et la prime de remboursement est très souvent hors de proportion avec la valeur du titre. Les lots de 100, 200, et même 500.000 fr. ne sont pas rares. En réalité, le rentier consent une diminution des intérêts

de son capital qui deviennent très minimes, et en échange de ce sacrifice il acquiert le droit de participer à une loterie. L'opération est complexe : il y a tout à la fois un prêt à intérêt sérieux et organisation d'une loterie. Elle n'en est pas moins prohibée en principe (1).

Ce n'est pas que la loi prohibe indifféremment toutes les loteries ; elle ne prohibe que les loteries publiques. L'art. 2 s'en explique formellement. Il parle d'*opérations offertes au public*. Il ne peut donc y avoir de doutes. Au reste, les pénalités rigoureuses dont la loi frappe les organisateurs de loteries ont leur raison d'être dans un véritable péril social. Le danger provient de ce que chacun est mis à même de tenter la chance. Les petites gens sont ainsi tentés d'engager des sommes minimes en elles-mêmes, mais considérables pour des gens qui vivent de leur travail. Et l'on sait quel charme la loterie exerce

(1) Le législateur a permis souvent, trop souvent, l'émission de valeurs à lots.

On peut citer les principales de ces valeurs : département de la Seine, 17 juillet 1856, 50 millions. Département du Nord, 12 oct. 1870, 15 millions. Ville de Paris, L. du 2 mai 1855, 60 millions, L. du 12 juillet 1865, 270 millions, L. du 18 août 1869, 260 millions, L. du 6 déc. 1871, 350 millions, L. du 24 déc. 1874, 220 millions, L. du 27 juin 1876, 190 millions, L. du 13 juillet 1886, 250 millions. Ville de Lyon, L. 23 déc. 1879, 64 millions. Ville de Bordeaux, L. 16 mai 1863, 17 millions. Ville de Marseille, L. 16 mai 1863, 17 millions. Suez, L. du 16 juin 1871. Panama, L. du 8 juin 1888, 15 juillet 1889, 600 millions.

Par faveur spéciale, le Crédit foncier de France est autorisé à émettre, avec la seule approbation du ministre des finances, des obligations foncières départementales ou communales au remboursement desquelles des lots peuvent être attachés. Le Crédit foncier a actuellement émis des valeurs à lots pour une somme totale de 3.500 millions.

sur les gens du peuple. Sous l'ancien régime on avait utilisé ce vice au profit du trésor royal. La loterie royale ou nationale subsista chez nous jusqu'en 1830, malgré les vicissitudes politiques. En 1832 on la supprima, et le résultat fut la formation d'une foule de loteries particulières exploitant la passion du public. Dans certains pays, comme l'Italie, cette passion est extrême et la loterie royale est pour le trésor une des sources les plus sûres de revenus.

Le danger réside donc dans l'offre faite à tout intéressé de prendre part aux chances de l'opération. Qu'on lise l'art. 4 de la loi et l'on verra l'idée que s'est faite le législateur de la loterie publique. Sont punis des peines portées à l'art. 410 C. pénal « les auteurs, entrepreneurs ou agents des loteries françaises ou étrangères ou des opérations qui leur seront assimilées. Ceux qui auront colporté ou distribué les billets ; ceux qui, par des avis, annonces, affiches ou tout autre moyen de publicité, auront fait connaître l'existence de ces loteries ou facilité l'émission de ces billets seront punis des peines portées en l'art. 411 C. pén. »

Nous sommes donc amenés à distinguer au point de vue de l'application de l'exception de jeu, entre les loteries publiques qui tombent sous le coup de la loi de 1886, et les loteries non publiques qui restent soumises au droit commun.

a) *Loteries publiques.* — 1° Ces loteries peuvent être autorisées par l'autorité administrative. Elles produisent alors tous les effets civils qu'elles comportent. Les sous-

cripteurs ne peuvent répéter les sommes qu'ils ont versées ; l'organisateur est tenu civilement de remettre les lots promis aux gagnants ; il peut y être contraint par une action. Il ne peut se prévaloir de l'exception de jeu, pas plus que le souscripteur qui n'aurait pas versé le montant de sa souscription. Ce sont autant de points certains.

Quant aux formes et aux conditions de cette autorisation, nous n'avons pas à nous en occuper. Citons seulement l'art. 5 de la loi : « Sont exceptées des dispositions des art. 1 et 2 ci-dessus, les loteries d'objets mobiliers exclusivement destinées à des actes de bienfaisance ou à l'encouragement des arts, lorsqu'elles auront été autorisées dans les formes qui seront déterminées par les règlements d'administration publique. »

Il suit de là que les loteries d'immeubles, les loteries de valeurs mobilières qui n'auraient pas un but charitable ne peuvent être autorisées par l'administration. C'est ainsi qu'une loi est nécessaire pour permettre l'émission de valeurs à lots.

2° Supposons que la loterie n'ait pas été autorisée, ou, ce qui revient au même, que l'autorisation n'ait pas été régulière. Que va-t-il en résulter ? L'exception de jeu pourra-t-elle être invoquée par les intéressés ?

Posons en principe que la loterie prohibée est nulle, nulle d'une nullité absolue, fondée sur l'ordre public, et qu'elle ne saurait par suite produire aucun effet juridique. Ce qui le prouve ce sont les pénalités rigoureuses qui atteignent les organisateurs. Le législateur se montre ici plus rigoureux que pour le jeu. En cela il se conforme à

la tradition, car nos anciennes ordonnances interdisaient les loteries d'une manière absolue (1).

Donc la nullité de la loterie peut être invoquée par tous les intéressés quels qu'ils soient, même par celui qui a organisé la loterie (2).

Ce principe ne souffre aucune difficulté quand la loterie n'a pas été exécutée, quand elle n'a reçu aucun commencement d'exécution ; même lorsque la convention a été partiellement exécutée, la nullité des opérations exécutées de part et d'autre peut être invoquée. Chaque partie devra restituer respectivement ce qu'elle a reçu : l'organisateur, l'argent des billets ; le gagnant, les lots gagnés. Et remarquons qu'ici on ne peut pas arguer de l'art. 1967, le contrat n'a pas reçu son exécution complète, les paiements effectués l'ont été sans cause, ou plutôt sur cause illicite (art. 1531) ; on peut donc exercer de part et d'autre la répétition des prestations faites. Mais quand les obligations ont été entièrement exécutées de part et d'autre, que le montant intégral de la loterie a été payé, que tous les lots ont été distribués, les actions en répétition intentées de part et d'autre seraient-elles admissibles ? Il paraît bien difficile de rejeter cette action, et cela parce qu'il n'y a pas de motifs pour distinguer cette hypothèse de la précédente. Il y a aussi cause illicite, puisque cette cause est le fait de la loterie, fait défendu par la loi (art. 1131 C. c.) ; le contrat, conformément à cet article, n'a donc produit

(1) Arrêts de règlement de 1598, 1604, 1657, et arrêt du Conseil du 20 septembre 1776.

(2) Paris, 29 déc. 1868 ; S. 69, 2, 53. Trib. Seine, 19 janv. 1891 (*le Droit* du 11 mars).

aucun effet, les prestations effectuées de part et d'autre l'ont été sans cause, elles sont donc le fondement légitime d'une action en répétition.

Cependant la plupart des auteurs, se fondant sur les inconvénients économiques de cette solution, décident qu'il y a lieu d'exclure l'action en répétition. Sans cela, disent-ils, voit-on les recours sans fin exercés par les uns, par les autres; le nombre de ceux qui ont pris part à la loterie étant considérable. Sans compter que cette solution profiterait surtout à l'organisateur, qui reprendrait les lots et auquel la plupart des souscripteurs renonceraient à réclamer la somme minime qu'ils ont versée.

Cependant on sent la nécessité de motiver en droit cette solution, et on la justifie par la maxime romaine : « In pari causa turpitudinis cessat repetitio » (1). Cette maxime, qu'on invoquait déjà pour expliquer l'art. 1967 C. civ., on la reprend ici avec quelque apparence de raison. La cause de la convention est certainement illicite aux yeux de la loi. Mais ce dont il est permis de douter, c'est qu'il y ait « paris turpitudo », que les parties aient commis des fautes égales. La loi ne punit que l'organisateur ; les souscripteurs ne sont donc pas coupables au même titre. Nous croyons donc qu'il faut s'en tenir aux principes généraux : les paiements faits l'ont été sans cause, la répétition est possible. Cette solution est d'ailleurs équitable, car en quoi le fait que les lots ont été remis aux gagnants modifie-t-il la situation des autres souscripteurs qui ont

(1) Frèrejouan-du-Saint, n° 211. Pont, *Petits contrats*, t. I, n° 663. Larombière, *Obligations*, art. 1133, n° 10. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Cause des oblig.*, par. 1er, n° 2.

versé le prix des billets, mais n'ont rien pu toucher ?

Concluons que l'art. 1967 n'a rien à voir en cette matière. Les loteries prohibées ne sont pas un jeu au sens de l'art. 1965 : elles sont soumises à des règles spéciales, plus rigoureuses que le droit commun.

b) La question de savoir si l'art. 1965 s'applique aux loteries se présente à un autre point de vue. Toutes les loteries ne sont pas prohibées au même titre. Nous avons vu que la loi de 1836 ne s'occupait que de loteries offertes au public. Pratiquement, la loterie est toujours une opération publique. Aussi doit-on constater que les auteurs ne s'inquiètent pas de décider quel pourrait être le sort d'une loterie organisée entre particuliers sans appel à la publicité, d'une loterie qui serait organisée *intuitu personæ*.

L'hypothèse, pour être peu pratique, n'a rien d'invraisemblable. Elle n'a jamais attiré l'attention du législateur. Notre ancien droit prohibait les loteries, mais seulement les loteries offertes au public, celles où tout venant pouvait se rendre acquéreur d'un billet.

« Il ne pourra être publié ni affiché aucune loterie dans ce royaume, de quelque nature qu'elles soient, ni distribué aucun billet sans que lesdites loteries soient autorisées par Sa Majesté (1). »

Ceci dit, l'art. 1965 ne s'appliquerait-il pas à ces loteries privées? Je n'hésite pas à l'admettre; bien que la loterie ne soit pas un jeu au sens étroit, ce n'en est pas moins une opération qui présente certains caractères et tous les

(1) Arrêt du Conseil du 20 septembre 1776.

dangers du jeu. On lui appliquera donc les art. 1965 et 1967 C. civ.

Il suffit d'indiquer la solution. Nous en ferons l'application en étudiant un certain nombre d'opérations complexes qui peuvent rentrer dans la définition du jeu. Nous aurons alors à rechercher si elles se rapprochent plutôt de la loterie que du jeu. Si ce sont des loteries, il faudra leur appliquer le principe de nullité absolue qui se dégage de la loi de 1836, pourvu toutefois que l'opération n'ait pas un caractère strictement privé, que toute personne puisse y prendre part Si nous sommes en présence d'une simple convention de jeu, ou d'une loterie contractée *intuitu personæ*, nous appliquerons les art. 1965 et 1967 C. civ.

CHAPITRE II

PARI AUX COURSES

Le pari aux courses a été connu dès les temps anciens. A l'époque byzantine surtout il fut pratiqué avec frénésie. L'empire tout entier se passionnait pour les *verts* et pour les *bleus* (jockeys verts et bleus). De nos jours, ce genre de pari a pris une importance prépondérante. Il est presque devenu une question sociale, à cause des ruines qu'il entraîne, des suicides et des crimes qu'il provoque dans la classe moyenne et le peuple.

Quoi qu'il en soit, il faut à notre époque distinguer deux catégories principales de pari aux courses : le pari à la cote et le pari mutuel.

Pari à la cote. — Il consiste à rechercher pour chaque cheval les chances qu'il a de battre ses concurrents, comparées à celles qu'il a d'être battu par eux. Un cheval est à la cote de 5 contre 1 quand il a cinq chances de perdre contre une de gagner. Il est à égalité quand il a autant de chance pour lui que contre lui ; il est à 1 contre 2 quand il a une chance de perdre contre deux de gagner. Le pari à la cote est fait au livre quand celui qui parie contre le cheval offert, le donneur, parie contre des personnes présumées connues de lui dont il ne reçoit pas tout de suite

l'enjeu, mais qu'il porte créancières ou débitrices sur son livre. Le pari à la cote est fait avec tous venants quand le donneur parie avec le premier venu, contre remise d'un ticket en échange du montant du pari qui lui est versé séance tenante.

Pari mutuel. — Il revêt plusieurs combinaisons dont deux principales : 1° Pari mutuel simple ou au totaliseur. Le parieur choisit parmi les chevaux partant dans chaque course, celui sur lequel il désire mettre un enjeu. Ces paris sur le même cheval sont totalisés et ceux qui ont gagné se partagent au prorata de leurs mises les sommes versées sur les autres chevaux, sous déduction d'un 0/0 applicable à une œuvre de bienfaisance.

2° *Pari mutuel au chapeau ou à la poule.* — On place dans un chapeau autant de numéros qu'il y a de chevaux et on les tire au sort entre ceux qui désirent participer au jeu et qui ont versé préalablement 1 fr., 2 fr. ou 5 fr. au maximum ; celui qui a eu en partage le numéro correspondant au cheval qui arrive premier, ramasse la mise des autres joueurs.

Le pari aux courses est actuellement régi par la loi du 2 juin 1891. Avant cette loi, la jurisprudence avait établi une distinction entre le pari à la cote et le pari mutuel.

Le pari à la cote n'était pas jeu de hasard ; il n'avait ce caractère que quand il n'était pratiqué que par des personnes étrangères aux courses et incapables de se rendre compte par elles-mêmes des chances des chevaux ; en un

mot, pour qu'il y eût jeu, il fallait que le hasard dominât (1).

Quant au pari mutuel, d'abord caractérisé jeu de hasard, il fut ensuite par la jurisprudence assimilé à une loterie et susceptible par conséquent d'être autorisé par le pouvoir administratif (2).

Mais à côté de cette jurisprudence assez nette, l'autorité administrative avait pris nombre d'arrêtés qui étaient arrivés à constituer un véritable chaos, car ils se contredisaient les uns les autres. D'autre part, les parquets se montraient tantôt très sévères, tantôt très indulgents ; il en résultait des bizarreries et des situations anormales.

Une circulaire ministérielle du 16 mars 1887 vint autoriser l'établissement des bureaux pour le pari mutuel : il y eut alors une recrudescence effroyable de joueurs et de parieurs, et aussi de suicides parmi les décavés. Les paris étaient si nombreux qu'à la date du 1er mars 1891 le ministre de l'intérieur reconnaissait que les sommes prélevées sur le produit du pari mutuel s'élevaient à 4.111.000 fr. Il y avait en moyenne par mois 35 à 40 000.000 engagés aux guichets du pari mutuel.

En février 1891, un projet de loi présenté par le ministre de l'intérieur pour réglementer l'usage des sommes provenant du pari mutuel fut repoussé à une forte majorité. Ces sommes ne trouvant plus ainsi aucun emploi régulier, le ministre crut devoir retirer l'autorisation, accordée antérieurement, d'établir des bureaux pour le pari mutuel.

(1) Cass., 5 janvier 1877 ; S. 1877, 1, 481. Paris, 8 déc. 1883 ; S. 1886, 2, 124. Cass., 7 mai 1885 ; S. 86, 1, 281. Cass, 29 mars 1888 ; S. 1890, 1, 233. Cass., 3 mai et juin 1889 et 12 juin 1890 ; S. 1890, 1, 233.

(2) Cass., 18 juin 1875 ; S. 1875, 1, 386.

Cette décision causa dans le monde des courses un émoi considérable ; les journaux de toutes nuances crièrent, les agriculteurs proclamèrent que les intérêts de l'élevage étaient compromis... Bref, le ministre de l'agriculture se vit obligé de déposer un projet de loi vers la fin de mai 1891. Ce projet fut voté, ce qui était facile à prévoir, et devint la loi du 2 juin 1891.

Cette loi pose tout d'abord en principe qu'il est interdit d'exploiter le pari aux courses. Elle applique l'art. 410 du Code pénal aux industriels qui organisent le pari aux courses sous ses formes multiples. Elle admet toutefois une exception en faveur des sociétés de courses qui peuvent être autorisées à organiser le pari mutuel sur leurs hippodromes. En somme, comme la loi de 1836 sur les loteries, c'est avant tout une loi d'organisation administrative et de répression pénale. Ce n'est qu'indirectement qu'elle touche aux principes du droit civil.

Dans quelle mesure les modifie-t-elle et quel est aujourd'hui le rôle de l'exception de jeu en cette matière du pari aux courses? Telle est la question que nous avons à résoudre.

Il n'est pas douteux tout d'abord que le pari mutuel est pleinement valable lorsqu'il est exploité conformément à la loi par une société autorisée. Les parieurs sont civilement obligés. Ils ne peuvent en aucun cas répéter ce qu'ils ont versé. Le gagnant a une action en justice pour obtenir son gain. Autant de points incontestables. C'est en somme la consécration de cette jurisprudence qui assimile le pari mutuel à une loterie : loterie de meubles, pouvant être autorisée par l'administration et

produisant à cette seule condition tous les effets civils qu'elle comportait.

Si tel est le point de vue auquel le législateur s'est placé, ce que nous sommes très disposés à croire, la solution qu'il a admise en implique une autre. Le pari mutuel a pu être organisé par des industriels non autorisés. On se trouve alors en présence d'une loterie prohibée qui ne peut produire aucun effet. Ce ne sont pas les art. 1965 et 1967 du Code civil que nous appliquerons, mais l'art. 1 de la loi de 1836. Les parieurs pourront certainement répéter ce qu'ils ont versé, tant que les obligations ne seront pas complètement exécutées de part et d'autre, tant que le bookmaker qui a reçu les paris n'a pas payé les gagnants; et ces gagnants n'ont pas d'action pour obtenir le paiement de leur gain.

Lorsque l'opération a été complètement exécutée de part et d'autre, la répétition est-elle possible ? Théoriquement peut-être. Pratiquement elle est impossible.

La loi considère donc, à notre avis, le pari mutuel comme une loterie. Elle n'a pas, d'autre part, abrogé les règles traditionnelles du droit civil, et les art. 1965, 1966 et 1967 restent en principe applicables aux autres formes du pari aux courses.

Le pari à la cote ne fait-il pas, en règle générale, naître des obligations valables? Ce n'est qu'un jeu de hasard; car le plus souvent il est pratiqué par des personnes étrangères aux courses, incapables de calculer d'une façon sérieuse les chances des chevaux, qui se fient à des renseignements venant de gens compétents, mais dont elles ne sont pas à même de contrôler l'exactitude.

Il semble donc qu'il faille lui appliquer les art. 1965, 1967 Code civil. Mais un texte fait précisément échec à l'art. 1965 en cette matière, c'est l'art. 1966, que nous avons déjà signalé. De cet art. 1966 il résulte que l'art. 1965 est inapplicable au pari engagé à l'occasion des jeux propres à exercer au fait des armes, des courses à pied ou à cheval. Or la loi de 1891, tout en punissant de peine correctionnelle les industriels qui exploitent le pari aux courses, n'a abrogé ni explicitement, ni implicitement l'art 1966 Code civil (1). Faut-il donc appliquer ce texte à la lettre?

Evidemment non. En 1804, lors de la discussion du Code civil, on peut dire qu'en fait le pari aux courses n'existait pas, et par suite l'art. 1966 ne présentait pas d'inconvénients sérieux.

Il n'en fut plus de même lorsque les paris eurent pris le développement qu'ils ont aujourd'hui. N'était-il pas logique de dire que l'art. 1966 n'avait entendu légitimer que les paris qu il connaissait; que quant aux paris apparus depuis sur nos champs de course, paris à la cote, au livre, l'art. 1966 ne leur était pas applicable?

Aussi la doctrine et la jurisprudence avaient-elles, avant 1891, interprété la loi en ce sens, que le pari aux courses n'était légitime qu'entre ceux qui étaient intéressés à la course, c'est-à-dire entre les propriétaires et les éleveurs des chevaux engagés ou leurs mandataires (2). Pour ces personnes, l'opération ne présente pas, du reste, les carac-

(1) *Lois nouvelles*, 1891, I, p. 429 et suivantes.

(2) Pont, *Petits contrats*, I, p. 317, n° 613. Paris, 31 déc. 1874; D. 75, 2, 92, et crim. rej., 18 juin 1875; D. 75, 1, 445.

tères d'un jeu de hasard ; elles se rendent en effet un compte exact des chances des chevaux engagés. Quant aux personnes étrangères à la course qui se trouvaient sur le champ de course et qui avaient parié pour tel coureur, elles pouvaient se prévaloir de l'art. 1965.

Cette jurisprudence, la loi de 1891 ne l'a pas désavouée en réglementant le pari aux courses. L'art. 1966 n'a pas été abrogé. Il est donc vrai de dire que les propriétaires ou éleveurs de chevaux engagés dans la course peuvent faire entre eux des paris. Ces paris produisent, au point de vue civil, tous les effets qu'ils comportent ; ils ne constituent pas d'autre part des actes délictueux. Mais cette solution ne doit être admise que sous bénéfice d'une observation : ces paris ne sont valables qu'autant que les parieurs se connaissent et savent en outre qu'ils sont les uns et les autres intéressés à la course.

Donc les parieurs pourront invoquer l'exception de jeu, non seulement quand le pari est individuel et direct, chaque parieur ignorant l'intérêt de son contre-parieur, mais a fortiori lorsque le pari s'exerçant par l'intermédiaire d'un bookmaker, les parieurs ne savent pas contre qui ils parient (pari aul ivre).

Une fois les enjeux versés, les gains distribués, tout est fini, l'art. 1967 s'applique, il ne peut être question pour les intéressés de répéter ce qu'ils ont payé. Supposons que l'un des parieurs ait versé son enjeu. Tant que la course n'a pas eu lieu, il ne pourra le répéter, car il a fait un paiement anticipé, un paiement conditionnel parfaitement valable. La course achevée, il se trouve avoir gagné. Le contre-parieur peut bien lui opposer l'exception de jeu

pour se refuser à payer ce qu'il a perdu. Il ne peut refuser la restitution de ce qu'il a reçu à titre de paiement anticipé, car il le détient sans cause. S'il le faisait, il se rendrait coupable d'une escroquerie. Pratiquement, lorsqu'il s'agit d'un intermédiaire qui reçoit les enjeux, d'un industriel qui exploite le pari aux courses, il est vrai de dire de ses contre-parieurs que chacun d'eux sait parier contre une personne intéressée à la course. Ceci est vrai du pari à la cote. Quant au pari au livre, il y a lieu de distinguer. S'il se pratiquait comme il le devrait normalement, entre deux individus et sans intermédiaire, il serait un pari individuel et direct, aucun doute ne serait possible. L'art. 1966 Code civil lui serait applicable. Mais comme, en fait, et à de très rares exceptions près, le pari au livre n'est jamais individuel et direct, mais se pratique toujours par l'intermédiaire du bookmaker, il en résulte que non seulement le pari au livre ne bénéficiera pas de la disposition de l'art. 1966, mais qu'il pourra constituer le délit prévu par l'art. 4 de la loi de 1891.

Si nous supposons maintenant le pari intervenant entre personnes étrangères à la course, les art. 1965 et 1967 s'appliqueront.

CHAPITRE III

JEUX DE BOURSE. — MARCHÉS A TERME

MM. Aubry et Rau définissent très exactement les marchés à terme :

« On entend par marché à terme ou à livrer, disent ils, les ventes faites à prix ferme, de marchandises ou de valeurs quelconques sujettes à de fréquentes fluctuations de cours et dont la livraison ne doit avoir lieu qu'après un certain temps (1). »

Envisagé en lui-même, le marché à terme constitue un contrat aléatoire parfaitement licite. Un négociant prévoyant qu'une denrée, le blé par exemple, va subir une hausse sensible, en achète une certaine quantité à prix ferme, mais en convenant que le marché ne sera exécuté qu'à une époque déterminée. Ce peut être là une opération très avantageuse pour le commerçant, qui s'assure contre les incertitudes de l'avenir. Le vendeur consentira à céder sa marchandise avec un faible bénéfice, mais il n'aura pas à craindre les pertes qui pourraient résulter pour lui d'une baisse des cours. Quant à l'acheteur, il a la certitude que les marchandises dont il a besoin lui

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 386, p. 578.

seront fournies à l'époque voulue ; il n'a pas à craindre la hausse des cours.

Ce genre de marchés est licite, même quand il porte sur des valeurs de Bourse. Aucun principe de droit ne s'oppose à sa validité.

Mais si le marché à terme est licite, en lui-même, il peut, sous la forme d'une convention en apparence valable, déguiser une véritable opération de jeu. C'est ce qui arrive lorsque les parties n'ont pas entendu faire un marché sérieux qui serait exécuté dans les termes du contrat ; lorsqu'elles comptent seulement régler l'opération par le paiement d'une différence. Je m'explique. Les cours ont en général varié depuis que les parties ont traité ; c'est même sur quoi elles ont compté, car elles n'auraient pas conclu l'opération, si les cours avaient dû rester immuables. Je suppose qu'ils aient baissé, que ce qui valait 100 fr. ne vaille plus que 95. L'acheteur qui a acquis pour 100 fr. ne recevra pas livraison, il se contentera de payer au vendeur la différence entre le prix d'acquisition et le cours actuel, soit 5 fr. Il va sans dire que la spéculation portera sur des sommes très importantes et que les différences seront le plus souvent de plusieurs milliers de francs.

L'opération ainsi analysée n'est au fond qu'un jeu.

Le marché à terme peut donc dissimuler un jeu. Il semble que les Romains aient connu cette forme du jeu. Elle serait apparue à l'occasion des sociétés de publicains.

« Ces sociétés, dit M. Huc, se composaient des adjudicataires qui étaient dits *mancipes*, parce qu'aux enchères

ils levaient la main pour recevoir l'adjudication, soit de la construction d'un édifice public, soit du recouvrement des impôts. En qualité de comptables de deniers publics, leurs biens étaient affectés d'un privilège au profit de l'État. (L. 38, p. 1. D. XLII, 5.) (1)

Mais pour mener à bien leurs entreprises, les *mancipes* avaient besoin de capitaux considérables. Ils se les procuraient en émettant des sortes d'actions appelées *partes* qu'ils offraient au public. Les actionnaires étaient désignés sous le nom de *participes*. Leur nombre était tel qu'on pouvait dire que presque tout le monde, *omnes pene ad unum*, était intéressé aux bénéfices des publicains.

Les *partes* étaient cessibles. Elles atteignirent parfois des cours très élevés. Elles n'étaient pas au porteur; leur transmission se faisait entre vifs par une *datio* et une *procuratio in rem suam* par laquelle le *particeps* vendeur donnait à l'acheteur le pouvoir de réclamer au débiteur le montant de sa créance... On conçoit aisément toutes les spéculations auxquelles donnaient lieu les entreprises des publicains, qui étaient par elles-mêmes sujettes à produire des bénéfices considérables ou des désastres. L'incertitude planant sur le résultat de ces entreprises amenait sans doute des changements fréquents dans le cours des *partes*. De là l'occasion pour les Romains de satisfaire leur amour du jeu sans encourir les peines édictées pour enrayer le développement excessif des jeux de hasard.

En France, ce n'est qu'au XVIII^e^ siècle qu'on voit apparaître la spéculation sur les effets publics. Mais elle y

(1) Huc, Thèse, p. 43.

prit tout de suite une extension considérable et aboutit à l'effondrement du système de Law en 1719.

« L'Écossais Law, fils d'un banquier d'Édimbourg, avait beaucoup étudié la banque d'Amsterdam (fondée en 1609) et la banque de Londres (fondée en 1694). Leurs billets acceptés du public avaient multiplié en Angleterre et en Hollande les transactions commerciales. Law pensa que les billets pourraient non seulement représenter les métaux, mais les remplacer... Il croyait, en effet, que l'or et l'argent ne sont des instruments d'échange que par leur valeur légale. Cette valeur fixée par l'État pouvait être abaissée par lui, tandis qu'il donnerait cours forcé aux billets. Le principe de Law est donc que le crédit est arbitraire et dépend de la seule volonté du gouvernement (1). »

Law est accueilli en 1715 par le Régent. Le 2 mai 1716 il est autorisé à établir pour vingt ans une banque générale au capital de six millions, divisés en 1200 actions payables 1/4 en numéraire, le reste en billets d'État. Elle escomptait à 5 0/0 les effets de commerce et émettait en proportion convenable des billets payables au porteur, remboursables en écus d'un titre invariable. Le succès fut très grand, les billets firent prime. Une déclaration du 10 avril 1717 avait fait savoir que les billets seraient reçus dans les caisses publiques.

C'est alors (août 1717) que Law fonde la Compagnie d'Occident, qui avait pour 25 ans le monopole du commerce

(1) Lavisse et Rambaud, *Histoire générale du IV^e^ siècle jusqu'à nos jours*, t. VII. *Le XVIII^e^ siècle*, p. 7.

de l'Amérique du Nord, la traite des castors au Canada avec la propriété des terres et les droits de souveraineté.

Le fonds social était de 100 millions, répartis en 200.000 actions payables en billets d'État.

Le 4 décembre 1718, la banque Law est érigée en banque royale.

Malgré les avantages merveilleux promis par une active réclame, les actions de la Compagnie restaient au-dessous du pair. Law imagina de les racheter à prime. — La nouvelle Compagnie, sous le nom de Compagnie perpétuelle des Indes, en mai 1719 absorba les autres Compagnies de commerce. Elle émit alors 50.000 actions à 550 livres argent comptant. Mais pour pouvoir souscrire il fallait présenter quatre fois autant d'actions anciennes (les mères) qu'on voulait avoir d'actions nouvelles (les filles).

Le 25 juillet 1719, Law obtenait moyennant cinquante millions la concession de la fabrication des monnaies. Il se procura ces cinquante millions par une troisième émission d'actions.

Law se fait encore adjuger le bail des fermes, et peu de temps après rachète les offices des receveurs généraux.

Cette concession fut, dit Forbonnais, « l'espèce d'enchantement » qui enivra en quelque sorte toute la nation. C'est alors que la spéculation sur les effets émis par la Compagnie générale bat son plein. A la fin de novembre 1719, le prix des actions était monté jusqu'à 15.000, 18.000 livres.

« L'agiotage, dit M. Lavisse, était la passion universelle. Law était assiégé chez lui par les souscripteurs La banque s'était établie rue Quincampoix. Là s'engouffrait la foule bruyante et frénétique des Mississipiens. Un

poste de douze hommes veillait sans cesse à la sécurité des négociants. La nuit, la rue était fermée aux deux extrémités par des grilles. Toutes les maisons et appartements avaient été convertis en bureaux. Un savetier gagna 200 livres par jour en transformant ainsi son échoppe. On prêtait des fonds à l'heure et à un intérêt inouï. On vit des gens gagner un million en un jour.

Cette prospérité était factice. Elle devait aboutir à une catastrophe. Sous des circonstances multiples, les actions tombèrent en fin de compte à 2.000 livres en billets, à 200 livres ne espèces. C'était la banqueroute. On avait trop bien compris le danger de la spéculation sur les effets publics. Des mesures sévères furent prises qui devaient empêcher le retour de semblables faits.

Ce fut un arrêt du Conseil du 24 septembre 1724 qui, après avoir établi la Bourse comme lieu de négociation des effets publics et avoir créé le monopole des agents de change pour cette négociation, posa sur les opérations de Bourse des règles qui avaient pour conséquence nécessaire de rendre impossibles les marchés à terme.

L'art. 29 de cet arrêt mettait obstacle aux marchés à terme faits à découvert, en exigeant que les particuliers remissent les titres ou l'argent à l'agent de change avant l'ouverture de la Bourse.

« Article 29. — A l'égard des négociations de papiers commerçables et autres effets, elles seront toujours faites par le ministère des agents de change; à l'effet de quoi les particuliers qui voudront acheter ou vendre des papiers commerçables ou autres effets remettront l'argent ou les effets aux agents de change, à l'heure de la Bourse,

sur leur reconnaissance portant promesse de leur en rendre compte dans le jour, et ne pourront néanmoins lesdits agents de change porter ni recevoir aucuns effets ni argent à la Bourse, ni faire leurs négociations autrement qu'en la forme ci-après marquée ; le tout à peine contre les agents de change qui contreviendront au contenu du présent article de destitution et de trois mille livres d'amende payables par corps, dont la moitié appartiendra au dénonciateur et l'autre moitié à l'hôpital général (1). »

Pour couper court à l'agiotage, à la spéculation, on prenait une mesure radicale ; on ne se bornait pas à déclarer nuls ceux des marchés à terme qui seraient fictifs et déguiseraient un jeu. L'arrêt du Conseil prohibait sans distinction les marchés à découvert. Il est vrai que ces marchés pouvaient déguiser un jeu. On les considérait aussi comme dangereux pour le crédit, parce que les vendeurs à découvert sont des spéculateurs à la baisse.

Mais l'ordonnance allait plus loin. L'article 30 obligeant les agents de change à exécuter les marchés dans le jour même de leur conclusion, rendait impossibles les marchés à terme faits même à couvert.

« Article 30. — Lorsque deux agents de change seront d'accord à la Bourse d'une négociation, ils se donneront réciproquement leurs billets portant promesse de se fournir dans le jour, savoir : par l'un les effets négociés, et par l'autre le prix desdits effets ;... *lesquels billets seront régulièrement acquittés de part et d'autre dans le jour*, à peine

(1) *Recueil d'Isambert*, t. XXI, p. 283.

d'y être contraints par corps, même poursuivis extraordinairement en cas de divertissement de deniers ou effets. »

Ces règles ne semblent pas avoir été exactement observées. Le préambule d'un arrêt du conseil du 7 août 1785, qui vint atténuer la rigueur des règles posées par l'arrêt de 1724, en témoigne.

« Le roi est informé que depuis quelque temps il s'est introduit dans la capitale un genre de marché ou de compromis aussi dangereux pour les vendeurs que pour les acheteurs, par lesquels l'un s'engage à fournir, à des termes éloignés, des effets qu'il n'a pas, et l'autre se soumet à les payer sans en avoir les fonds, avec réserve de pouvoir exiger la livraison avant l'échéance, moyennant l'escompte : que ces engagements, qui, *dépourvus de cause et de réalité*, n'ont, suivant la loi, aucune valeur, occasionnent une infinité de manœuvres insidieuses tendant à dénaturer momentanément le cours des effets publics, à donner des uns une valeur exagérée et à faire des autres un emploi capable de les décrier ; qu'il en résulte *un agiotage* désordonné, que tout sage négociant réprouve, qui met au hasard la fortune de ceux qui ont l'imprudence de s'y livrer, détourne les capitaux de placements plus solides et plus favorables à l'industrie nationale, excite la cupidité à poursuivre des gains immodérés et suspects, substitue un trafic illicite aux négociations permises, et pourrait compromettre le crédit dont la place de Paris jouit à si juste titre dans le reste de l'Europe... »

On voit que ce préambule vise très nettement les marchés à terme qui ne sont pas sérieux, ceux qui se réglant par le paiement de simples différences, constituent des

jeux, « ces engagements, dépourvus de cause et de réalité, n'ont, suivant la loi, aucune valeur. »

La distinction était donc faite en théorie entre les marchés à terme sérieux et le jeu de Bourse. Mais pratiquement et en législation, la confusion subsistait. Les marchés à couvert étaient seuls considérés comme licites. L'arrêt du conseil les autorisait implicitement. Il permettait même les *achats* à terme faits à découvert, mais prohibait les *ventes* à terme faites à découvert. Cette prohibition était sanctionnée par la nullité du marché et par une amende prononcée contre les contrevenants.

L'arrêt disposait en effet :

« Déclare nuls Sa Majesté les marchés et compromis d'effets royaux et autres quelconques qui se feraient à terme et sans livraison desdits effets ou sans le dépôt réel d'iceux constaté par acte dûment contrôlé au moment même de la signature de l'engagement. Défend très expressément Sa Majesté d'en faire de semblables à l'avenir, à peine de 24.000 livres d'amende au profit du dénonciateur et d'être exclus pour toujours de l'entrée de la Bourse ; ou, si c'étaient des banquiers, d'être rayés de la liste ».

« L'idée du législateur, disent MM. Lyon-Caen et Renault (1), était alors que les ventes à terme faites à découvert sont seules nuisibles au crédit public, en ce qu'elles favorisent la baisse. »

Cette idée se retrouvait dans les art. 421 et 422 C. pén. qu'a abrogés la loi du 28 mars 1885 (art. 2).

(1) *Traité de droit comm.*, t. IV, p. 667.

Tout en reproduisant les précédentes interdictions, un autre arrêt du 2 octobre 1785 fit une concession nouvelle. L'arrêt du conseil de 1785 exigeait la livraison immédiate des titres ou leur dépôt constaté par acte authentique. Le nouvel arrêt (art. 6) se contentait du dépôt par le vendeur chez un notaire des pièces prouvant sa libre propriété.

« ... Entend Sa Majesté qu'il pourra être seulement suppléé au susdit dépôt par ceux qui étant constamment propriétaires des effets qu'ils voudraient vendre et ne les ayant pas entre les mains, déposeraient chez un notaire les pièces probantes de leur libre propriété. »

La législation de l'ancienne monarchie sur ce point fut complétée par un nouvel arrêt du 22 septembre 1786 qui constate l'insuffisance des arrêts précédents pour empêcher l'agiotage et défend de faire aucun marché d'effets publics dont la livraison soit reculée au delà de deux mois.

« L'intérêt toujours ingénieux à s'affranchir de ce qui le captive, dit l'arrêt, a trouvé moyen d'éluder le règlement qui interdit tout marché d'effets royaux ou publics sans livraison ou dépôt réel des objets vendus...

« A quoi voulant pourvoir, ordonne que les arrêts de son conseil des 7 août et 2 octobre 1785 seront exécutés, et notamment l'art. 7 du premier desdits arrêts ..

« Veut en outre Sa Majesté qu'il ne puisse être fait à l'avenir aucun marché d'effets royaux ou autres effets publics ayant cours à la Bourse, *pour être livrés à un terme plus éloigné que celui de deux mois à compter du jour de sa date.* Déclare nuls tous ceux qui seraient à plus long terme... »

Cette règle est encore aujourd'hui consacrée par le règlement particulier des agents de change de Paris (art. 50). On comprend qu'elle diminue les chances de perte ; les variations sont en général moins importantes dans un délai plus court (1).

En somme, à la veille de la Révolution, les achats à terme même à découvert étaient licites. Quant aux ventes à terme, elles n'étaient permises qu'autant qu'elles n'étaient pas faites à découvert.

Législation intermédiaire.

Elle devait également s'occuper des marchés à terme. La loi du 8 mai 1791 supprimait le monopole des agents de change, mais elle ordonnait à ceux qui exerceraient cette profession de se soumettre aux règles édictées par les ordonnances royales.

La loi du 27 juin 1796 et le décret du 13 fructidor an III déclarèrent nulles non seulement la vente d'effets publics, mais encore de toutes marchandises dont on ne serait pas sérieusement et réellement propriétaire à l'époque de l'engagement. Des peines rigoureuses sanctionnèrent ces prohibitions.

Art. 3 loi 13 fructidor an III : « Tout contrevenant sera condamné à deux années de détention, à l'exposition en public avec écriteau sur la poitrine portant ce mot : *agioteur*, et tous ses biens seront par le même jugement confisqués au profit de la République. »

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. IV, n° 965 *d*, et p. 668, note 1.

A un certain moment on était même allé jusqu'à déclarer que ceux qui agiotaient sur les assignats seraient passibles de la peine de mort (décret du 5 septembre 1793).

C'étaient là des mesures de circonstance provoquées par l'état des esprits, la crainte des accapareurs, les spéculations auxquelles avaient donné lieu les assignats dont on redoutait justement de voir la valeur se déprécier.

La loi du 28 vendémiaire an IV (20 octobre 1795) et l'arrêt du Directoire du 2 ventôse an IV paraissent en être revenus à la prohibition complète des marchés à terme, qui remontait, on le sait, à l'arrêt du conseil de 1724.

Cependant certains auteurs prétendent que telle n'a pas été la portée de ces lois. Elles n'auraient pas trait aux marchés d'effets publics et autres, mais seraient seulement relatives aux spéculations sur les espèces métalliques et les lettres de change (1).

On invoque en ce sens l'art. 4 de la loi du 28 vendémiaire an IV :

« *Attendu que les marchés à terme ou à prime ont déjà été interdits par des précédentes lois*, tous ceux contractés antérieurement au présent décret sont annulés et il est défendu d'y donner aucune suite, sous les mêmes peines portées contre les infractions de l'article précédent. »

(1) Guillard, *des Opérations de Bourse*, p. 129 et suiv. ; Mollot, n° 458 ; Lyon-Caen et Renault, t. IV, p. 668, note 4 ; Worms, *Sociétés par actions*, p. 195 ; Bozérian, *Opérations de Bourse*, n° 276, attribuent au contraire à ces lois une portée générale.

Sous le Consulat, la prohibition semble avoir été confirmée par l'arrêté du 27 prairial an X, art. 13 : « Chaque agent de change devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète, est responsable de la livraison ou du paiement de ce qu'il aura vendu ou acheté. » On a soutenu (1) que cette disposition avait pour objet, en édictant la responsabilité des agents de change, d'assurer la réalité des marchés à terme. On répond très justement (2) que la responsabilité des agents de change en l'an X comme aujourd'hui résulte suffisamment de ce qu'ils contractent en leur nom, non pas au nom de leur client. L'art. 4 a donc surtout pour objet d'affirmer l'obligation pour les parties de traiter à couvert.

En somme, au moment de la rédaction de nos Codes, on ne s'était pas arrêté à un système bien satisfaisant pour l'esprit. La distinction d'entre le jeu de Bourse et les marchés à terme avait été entrevue ; elle n'avait pu être faite pratiquement, à raison surtout des circonstances politiques qui avaient abouti à faire considérer comme dangereux pour le crédit public, tantôt les ventes à découvert, tantôt les marchés à terme sans distinction.

Aucun texte du Code civil, ni même du Code de commerce, ne vint rappeler les anciennes prohibitions. Fallait-il en conclure qu'elles étaient implicitement abrogées, partant appliquer au jeu de Bourse la théorie des art. 1965 et suiv. du Code civil, faire la distinction qui théori-

(1) Guillard, *loc. cit.*, p. 113 et suiv.
(2) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 669, note 1.

quement s'imposait entre le jeu de Bourse et les marchés à terme sérieux, qu'ils fussent faits à couvert ou à découvert? Fallait-il admettre, au contraire, que les règles posées par les anciennes ordonnances et par les lois de l'époque intermédiaire devaient continuer à s'appliquer comme ayant trait à des matières qui n'avaient pas fait l'objet des dispositions des nouveaux Codes?

On avait cru trouver dans les art. 421 et 422 Code pénal, une réponse à la question :

« Art. 421. — Les paris qui auraient été faits sur la hausse et la baisse des effets publics seront punis des peines portées par l'article 419.

« Art. 422. — Sera réputé pari de ce genre toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne sont pas prouvés par le vendeur *avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.* »

En somme, ce que le Code pénal prohibait sous le nom de PARI, c'était tout uniment le *jeu de Bourse* au sens où nous l'entendons aujourd'hui. On voit que les marchés à terme, même faits à découvert, ne tombaient pas sous le coup de ses dispositions lorsqu'ils étaient sérieux, *que les effets vendus avaient dû se trouver à la disposition du vendeur au temps de la livraison.*

On déclarait donc que les marchés à terme peuvent se ranger à deux catégories. Les uns sont des opérations sérieuses que doivent suivre la livraison des titres et le paiement du prix; ils sont toujours valables. Les autres ne sont des ventes que de nom. D'après l'intention des parties ils ne doivent jamais être exécutés; ils se règlent,

par le paiement de simples différences, selon les variations survenues dans les cours entre le jour de la conclusion du marché et celui de son exécution. Ces prétendus marchés à terme ne sont au fond que des jeux déguisés. On prétendait leur appliquer l'art. 1965 du Code civil. Le perdant pouvait, disait-on, se refuser à payer au gagnant la différence en invoquant l'exception de jeu. S'il avait payé, il ne pouvait exercer la répétition.

A cette opinion très logique et très juridique on opposait qu'elle avait le tort de rompre trop ouvertement et sans raisons sérieuses avec les anciennes traditions. Le silence du Code civ. et du Code de comm. en cette matière permettait d'affirmer la non-abrogation des règles prohibitives du droit intermédiaire.

On ajoutait à ces raisons un argument fondé sur les art. 85-3° du C. com.

L'art. 85-3° défendait à l'agent de change de recevoir ou de payer pour le compte de ses commettants, ce qui assurément ne pouvait s'entendre à la lettre, l'agent de change étant tenu au secret, et n'agissant jamais, par suite, au nom de son client.

On avait entendu par là que l'agent de change ne pouvait faire d'avances à son client, payer sans avoir reçu les fonds, délivrer des titres qu'il n'aurait pas reçus de ce client.

L'on invoquait donc cet art. 85-3° en faveur de la nullité des marchés à terme. Il faut avouer qu'il n'était pas concluant, car on pouvait fort bien, en se conformant à l'art. 86-3°, opérer à découvert, et, le moment de l'échéance

arrivé, procurer à l'agent de change les titres ou les sommes nécessaires.

Quant à l'article 86 C. comm., il défendait aux agents de change « de se rendre garants des marchés dans lesquels ils s'entremettaient ». Ce qui leur permettait d'échapper à cette garantie, c'est, disait-on, qu'ils ne peuvent conclure les marchés qu'après avoir reçu les titres ou le prix de la négociation à faire : ce qui n'a pas lieu dans les marchés à terme.

C'est ce qu'exprimait l'art. 13 de l'arrêté du 27 prairial an X, « chaque agent de change devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète, est responsable du paiement de ce qu'il aura vendu ou acheté. »

Les auteurs qui se prononçaient contre le système de la nullité absolue répondaient que la non-abrogation des anciennes lois ou ordonnances en la matière était au moins fort douteuse. L'art. 1965 étant formulé en termes généraux, on en pouvait faire sortir une théorie qui fût applicable aux marchés à terme.

Quant à l'art. 86 du Code com., c'était en exagérer la portée que d'en tirer un argument aussi précis. Il défendait seulement aux agents de change de fournir une garantie volontaire ; il ne supprimait pas la garantie résultant à leur charge de la nature des opérations qu'ils faisaient. On allait même jusqu'à affirmer que l'unique but de l'art. 86 était de défendre aux agents de change de donner *leur aval* sur des lettres de change.

On en concluait que les juges avaient à rechercher dans chaque espèce quelle était l'intention des parties. Ils

devaient rechercher, suivant les circonstances de fait, si le marché était ou non sérieux. Du reste, un texte du Code com. semblait bien admettre que des opérations qualifiées par les parties de marchés pouvaient avoir un caractère fictif.

C'était l'art. 585-2° décidant que tout commerçant failli sera déclaré banqueroutier *s'il a consacré de fortes sommes à des opérations fictives de Bourse ou sur marchandises.*

Un troisième système allait plus loin. On affirmait un peu subtilement que les marchés à terme étaient toujours des opérations sérieuses, susceptibles d'être exécutées par le paiement du prix et la livraison des effets vendus, faisant naître entre les parties les obligations qui naissent ordinairement de la vente.

L'obligation de livrer les titres notamment est constatée par les bordereaux qu'après conclusion du marché à terme les agents de change échangent entre eux.

Sans doute, disait-on, cette obligation restera souvent sans exécution. Mais cela provient de faits postérieurs à la convention, d'un accord intervenu, après coup, entre les parties, qui ne peut en rien modifier ni la nature ni la validité de l'opération première qu'il faut apprécier à l'époque de sa conclusion.

Ces différents systèmes n'ont plus qu'un intérêt historique, puisque la loi du 28 mars 1885 est venue donner à la question une solution législative. Mais il n'en est pas moins intéressant d'exposer brièvement quelle fut leur fortune pratique, quelles applications en fit la jurisprudence.

a) Jusqu'en 1822 la jurisprudence se refuse à assimiler les marchés à terme et les ventes à découvert, à des jeux ou à des paris (1).

b) En 1823 la jurisprudence se modifie. Sans doute, on admet toujours que l'exception de jeu peut être opposée par le perdant lorsque l'opération est fictive et déguise un pari sur le cours des valeurs de Bourse. A cet égard la jurisprudence n'a jamais varié. Les tribunaux ont toujours admis que le juge pouvait, dans les circonstances de la cause, puiser la conviction que l'opération déguisait un jeu.

Mais on revient aux errements de notre ancienne jurisprudence. La nullité des marchés à terme faits à découvert prévaut devant les tribunaux (2).

c) Cette jurisprudence n'avait pas d'avenir. Le vice capital de son argumentation sautait aux yeux. Pour affirmer que les art. 421 et 422 du Code pén. n'avaient pas abrogé les anciennes lois et ordonnances, il fallait affirmer que ces lois ou ordonnances se plaçant à un point de

(1) Paris, 13 fructidor an XIII. Paris, 29 mai 1810. Cass., 22 juin 1814. Paris, 23 mai 1822. Arrêts rapportés dans Badon-Pascal, *des Marchés à terme*, p. 84 à 90.

(2) C'est à l'occasion de la fameuse affaire Perdonnet contre Forbin-Janson que les tribunaux se déjugèrent. Paris, 18 février 1823; S. 7, 2, 176; 10 avril 1823; S. 7, 2, 255. Cass., 11 août 1824; S. 7, 1, 513. Orléans, 30 novembre 1825; S. 8, 2, 509. Cass., 2 mai 1827; S. 8, 1, 586.

La jurisprudence invoquait comme principal argument la non-abrogation en la matière des anciennes lois et ordonnances. On ne pouvait soutenir, affirmait la Cour de Cassation, que leur abrogation résultait, soit de l'art. 90 C. com., soit des art. 421 et 422 C. pén., qui ne sont pas suffisamment explicites, et ne tranchent la question que dans l'ordre purement pénal.

vue exclusivement civil, le Code pénal s'était placé dans un ordre d'idées différent. Mais nous avons vu que dans tous les monuments législatifs relatifs à la matière, les dispositions pénales étaient étroitement liées aux règles d'ordre privé dont elles constituaient la sanction la plus effective. Dès lors, la loi pénale ne défendant plus le marché à terme, à la seule condition qu'il soit sérieux, comment la loi civile se serait-elle montrée plus rigoureuse ?

Ce raisonnement devait conduire à admettre dans tous les cas la validité des marchés à terme lorsqu'ils seraient sérieux. Mais la jurisprudence n'adopta pas tout d'un coup les conséquences logiques du système qu'elle consacrait à nouveau.

On distingua tout d'abord entre la vente à découvert et l'achat à terme, celui-ci considéré comme licite, celle-là comme illicite. On décida que l'obligation s'imposait toujours au vendeur de déposer les titres, mais que l'acheteur n'était pas tenu de déposer les espèces. Cette jurisprudence se fondait sur l'art. 422 Code pénal, établissant disait-on, une présomption de jeu contre la vente d'effets publics que le vendeur ne prouverait pas avoir existé à sa disposition au jour de la convention ou de la livraison ; sans d'autre part s'occuper de l'achat et prononcer une peine contre l'acheteur qui n'aurait pas consigné son prix (1).

Certains arrêts déclarent donc que la loi ne prohibe pas

(1) Paris, 29 mai 1832; S. 1832, 2, 293. Paris, 9 juin 1836 ; S. 1837, 2, 85.

les marchés à terme sans dépôt préalable du prix par l'acheteur (1).

Mais à partir de 1849 une jurisprudence qui se généralise, et que consacre à partir de 1851 la Cour de cassation, repousse toute distinction entre la vente à terme et les achats à terme. On admet toutes les conséquences logiques du système qui avait prévalu en 1832. Les tribunaux reconnaissent dans tous les cas la validité des marchés à terme sérieux. Ils recherchent d'après les données de la cause la nature fictive ou sérieuse de l'opération, et ils la valident ou ils l'annulent selon les cas.

En somme, les marchés à terme sont valables en principe, mais « dégénèrent en véritables opérations de jeu et de pari et tombent sous le coup des articles 1965 et 1967, lorsque, d'après les intentions des parties contractantes, ils ne doivent pas être suivis d'exécution réelle, mais se résoudre en un simple paiement de la différence entre le prix convenu et le cours des choses qui en forment l'objet à l'époque de la livraison (2). »

Mais en somme la validité du marché dépend d'une appréciation très délicate de l'intention des parties. Cette appréciation est l'œuvre des juges du fond qui doivent trancher cette question souverainement, comme toutes les questions de fait (3).

Les tribunaux recherchaient surtout si, eu égard à l'im-

(1) Paris, 17 février 1842. (Badon-Pascal, *op. cit.*, p. 101 à 107.) Ce dernier arrêt distingue nettement entre le vendeur et l'acheteur.

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 386, p. 579.

(3) C. req., 15 juin 1874; S. 75, 1, 303.

portance des opérations, la fortune des parties leur permettait d'exécuter réellement le marché l'une par la livraison et l'autre par le paiement (1).

Tous modes de preuve étaient d'ailleurs admissibles pour établir le caractère fictif de la convention. Sans doute, art. 1341, la preuve testimoniale n'est pas admise lorsqu'il s'agit de prouver une convention et que l'intérêt en cause excède 150 francs. Mais il ne s'agissait pas dans l'espèce de prouver une convention, mais de prouver un simple fait, le caractère fictif d'un marché que l'on invoque comme sérieux.

Il est bien entendu que l'exception de jeu n'était recevable qu'autant que cette preuve avait été faite d'une façon suffisamment convaincante pour l'esprit du juge.

Du reste, la jurisprudence décidait logiquement que le seul fait qu'un marché à terme aurait été liquidé au moyen de différences ne saurait nécessairement lui imprimer le caractère de jeu. Pour apprécier la nature et la validité d'un contrat, il faut se placer au moment de sa formation. Si donc au moment où les parties ont traité, il était dans leurs intentions d'exécuter réellement, effectivement le marché, l'opération reste valable, quelles que soient les conventions intervenues par la suite pour en modifier la teneur. L'exception de jeu ne saurait être opposée par celle des parties pour qui l'opération se solde en définitive par un déficit (2).

(1) Voyez en ce sens de très nombreux arrêts : Paris, 11 mars 1850; S. 51, 2, 145. Ch. crim., rej. 19 janv. 1860; S. 60, 1, 481 (affaire dite des coulissiers). Paris, 13 mai 1873; S. 1873, 11, 102.

(2) C. civ., rej. 26 août 1868; S. 69, 1, 20

La jurisprudence appliquait d'ailleurs sans distinction aux divers jeux de Bourse les art. 1965 et 1967 C. civ., qu'il s'agît de paris sur la hausse ou la baisse d'*effets publics*, ou de marchés à terme fictifs portant sur des valeurs de Bourse quelconques. Certains auteurs (1) critiquaient ces solutions. Ils faisaient observer que les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics tombant sous le coup des art. 421 et 422 C. pén. ne sauraient produire aucun effet et n'engendrent pas d'obligations naturelles. Ces opérations tombent moins sous le coup des art. 1965 et 1967 C. civ. que sous l'application des articles 1131 et 1133. A vrai dire, la question n'avait pas d'intérêt pratique, puisque le gagnant dans tous les cas est dépourvu d'action (argt. art. 1131 et 1133) et qu'il ne peut répéter ce qu'il a payé volontairement en vertu de la maxime *in pari causa turpitudinis cessat repetitio.*

Pour nous qui expliquons les art. 1965 et 1967 en partant de l'idée que les jeux prohibés ne font naître d'obligation d'aucune sorte, parce que la loi considère la cause comme insuffisante, cette jurisprudence était très fondée en droit (2).

L'application de l'exception de jeu entre les parties ne souffrait pas de difficulté, lorsqu'une fois il avait été établi que le marché à terme était fictif. Mais les joueurs n'étaient pas seuls en cause ; il y avait les intermédiaires auxquels ils avaient obligatoirement eu recours, les agents de change.

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 386, p. 579 infra et 580.
(2) Voy. Paris, 27 juin 1867 ; S. 68, 2, 229.

Tout d'abord on s'était demandé si à l'occasion d'un marché à terme fictif, un agent de change pouvait actionner son confrère. L'agent de change mandataire du gagnant pouvait-il se voir opposer par son confrère l'exception de jeu lorsqu'il l'actionnait pour obtenir le paiement des différences constatées ? Les tribunaux ont répondu que l'art. 1965 était applicable, car l'agent de change ne faisait comme représentant de son client que réclamer le paiement d'une dette de jeu (1).

La question pouvait se poser également dans les rapports de l'agent de change et de son client. L'agent de change qui avait payé les différences dues par son client à la suite d'une opération de Bourse pouvait-il recourir contre lui pour se faire indemniser ? Non, semble-t-il, car c'eût été arriver indirectement à réaliser ce que la loi défend directement : c'était rendre obligatoire pour le perdant le paiement d'une dette de jeu qu'il n'aurait pas volontairement consenti à acquitter. De nombreux arrêts ont donc appliqué en l'espèce l'art. 1965 (2).

Mais il eût été rigoureux d'appliquer ces solutions aux agents de change sans distinction. Toutes les opérations de Bourse ont au moins l'apparence d'achats et de ventes. Les agents de change peuvent ignorer que ce sont des opérations fictives. Aussi les arrêts les plus récents exigeaient-ils la mauvaise foi de l'agent de change (3).

(1) Lyon, 30 juill. 1869 ; D. 70, II, 11.

(2) Bordeaux, 15 juin 1857 ; S. 1857, 11, 733. Cass., 27 janvier 1852, S. 1854, 1, 140.

(3) En ce sens, Paris, 24 novembre 1877 (*le Droit* du 12 décembre 1877). Aix, 16 juin 1879 (*le Droit* du 12 décembre 1879).

Quant au point de savoir si l'exception de jeu était d'ordre public et pouvait par suite être suppléée d'office par les juges, la jurisprudence n'était pas uniforme. Elle tendait cependant à considérer que l'exception pouvait être suppléée d'office, sans distinction entre l'hypothèse où le jeu portait sur le cours des effets publics et constituait par suite un délit pénal, et l'hypothèse où il portait sur des effets quelconques (1).

On avait aussi conclu du caractère d'ordre public de l'exception de jeu qu'elle pouvait être invoquée pour la première fois en appel et même devant la Cour de cassation (2.)

Cette jurisprudence soulevait depuis longtemps de vives critiques. Elle était défavorable aux marchés à terme sur la validité et l'exécution desquels elle laissait planer une incertitude fâcheuse.

On faisait valoir dès 1829 que les marchés à terme, appelés marchés fermes... restreints au terme de soixante jours, soumis à la condition de la livraison anticipée lorsqu'elle est réclamée par l'acheteur, sont également dans l'intérêt du gouvernement et du commerce ; du gouvernement parce que l'État ne pourrait faire les négociations de rentes nécessitées par le système de finances adopté maintenant sans le secours de ces sortes de marchés... du commerce, parce que ces marchés offrent aux porteurs de rente un moyen certain, expéditif et peu

(1) Amiens, 14 janv. 1859; S. 1859, 2, 332. Paris, 13 mai 1873 ; S. 1873, 2, 102. Paris, 6 févr. 1884 (*la Loi* du 27 févr.).

(2) Lyon, 5 juillet 1878 (*le Droit*, 28 oct. 1878). Cass., 15 novembre 1865; S. 65, 1, 77.

onéreux de se procurer aussitôt qu'ils le veulent les fonds dont ils ont besoin, en donnant pour garantie ces mêmes rentes ; que d'un autre côté les capitalistes y trouvent le moyen de placer leurs fonds pour aussi peu de temps qu'ils le veulent et avec la certitude d'y rentrer à volonté.

Il est vrai que la jurisprudence de 1824 était singulièrement défavorable aux marchés à terme, puisqu'elle admettait la nullité des ventes à terme faites à découvert lors même que l'opération était sérieuse. La jurisprudence postérieure à 1849 n'appelait pas les mêmes critiques, et cependant on avait proposé à plusieurs reprises, notamment en 1862, lors de la refonte des art. 74, 75 et 90 du C. de comm., qu'une loi vint reconnaître et régulariser toutes les opérations à terme.

En 1864, le Sénat du second empire avait été saisi d'une pétition de M. Bobœuf ayant pour but de faire reconnaître la validité des marchés à terme et de leur faire déclarer inapplicable l'art. 1965 C. civ. Mais la proposition n'aboutit pas plus que les travaux des commissions extra-parlementaires déjà instituées en 1843 et 1856.

C'est que l'application de l'art. 1965 aux marchés à terme supposait une appréciation des plus délicates sur la nature exacte de l'opération. Pour que le marché à terme constitue un jeu, il ne suffisait pas que l'opération se réglât par le paiement d'une simple différence. Rien n'est plus fréquent que l'opération suivante : un banquier sait qu'il va lui rentrer des fonds à la fin du mois. Il donne ordre à son agent de change de lui acheter pour la fin du mois certaine quantité d'une valeur donnée, de rente fran-

çaise 3 0/0 par exemple. L'opération est sérieuse, légitime. Mais le banquier entrevoit la possibilité de placer ses fonds d'une manière plus avantageuse ; comment va-t-il procéder? Il se défait en tout ou partie de son achat de rentes. Il laisse revendre à ses risques. Arrive le terme fixé pour l'exécution du marché. Tout se règle par le paiement d'une simple différence. — Autre hypothèse également pratique. Je veux déplacer les fonds consacrés à l'achat et je conviens après coup, avec mon vendeur cette fois, que nous réglerons l'opération par le paiement d'une simple différence.

Voilà autant de marchés à terme sérieux et valables. Il n'y a jeu qu'autant que l'intention des parties a été dès le principe de ne pas exécuter la vente. Mais cette convention n'est pas constatée par écrit ; tout se passe en apparence comme si l'opération n'était pas fictive, et alors les juges pour démêler l'intention des parties sont obligés de s'appuyer sur des données arbitraires.

Il y a là un véritable danger, car les juges peuvent être aisément conduits à annuler des marchés sérieux.

En tous cas, la jurisprudence est chose essentiellement mobile ; qui dit que fixée depuis 1849, l'opinion des tribunaux ne serait pas sujette à de nouveaux revirements ?

En 1882, à la suite d'un krach tristement célèbre, des procès nombreux émurent l'opinion publique. Diverses propositions de lois furent déposées sur le bureau de la Chambre. En même temps le gouvernement, par un arrêté ministériel du 14 février 1882, instituait une commission extra-parlementaire chargée d'élaborer un projet

de loi. Ce projet aboutit à la loi du 28 mars 1885 qui nous régit actuellement.

Quel est donc l'esprit de cette loi ? comment en caractériser les tendances ? L'entreprise est délicate, étant donné qu'on est loin d'être d'accord sur la portée de ses dispositions et que l'objet même de la réforme est mis en question.

Nous dirons qu'à notre sens la loi nouvelle n'innove pas. Elle ne rompt pas délibérément, de parti pris, avec les principes généraux du droit : elle en rend seulement l'application plus précise. Il s'agissait avant tout de supprimer certaines controverses, qui toujours renaissaient de leurs cendres ; de donner plus d'homogénéité à notre législation sur les marchés à terme, en supprimant des dispositions obscures et contradictoires dont quelques-unes remontaient à notre ancien droit, d'assurer par là même pleins effets à toutes les conventions sérieuses qui constitueraient des marchés à terme. C'est ce qu'a fait la loi, simplifiant désormais cette matière très confuse et faisant triompher le principe général de liberté des conventions.

Mais la loi n'a pas entendu innover en faisant échec à d'autres égards aux règles générales du droit. Les opérations de jeu restent soumises à l'art. 1965 du Code civil, alors même qu'elles auraient l'apparence de marchés à terme. On l'a contesté et on le conteste encore. Nous verrons que la pensée des rédacteurs de la loi, maintes fois manifestée, ne laisse pas de doutes sur ce point. Pratiquement cette solution équitable ne constitue pas une gêne pour le monde des affaires.

Telle est dans son ensemble l'harmonie de la loi nouvelle.

L'art. 1er formule le principe ; les autres dispositions de la loi n'en sont que des applications. Ce texte est ainsi conçu : « Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux. Nul ne peut pour se soustraire aux obligations qui en résultent invoquer l'art. 1965 Code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement de simples différences. »

Deux idées essentielles s'en dégagent :

1° Les marchés à terme sont valables sous quelque forme qu'ils se présentent. On leur applique de la manière la plus large le principe de liberté des conventions. (Art. 1134 Code civil.)

2° Toute opération qualifiée par les parties marché à terme, est présumée valable, alors même qu'elle ne serait en réalité qu'un jeu. Mais si, sur le principe même de validité des marchés à terme, il ne s'élève pas de difficultés sérieuses, on est au contraire loin de s'entendre sur la nature et la portée de cette présomption. On se demande si l'art. 1965 reste applicable, malgré les termes exclusifs de la loi, aux marchés qui présentent tous les caractères du jeu. L'examen de cette importante controverse constituera le point central de notre étude. Ce sera pour nous l'application pratique la plus intéressante de notre théorie de l exception de jeu.

I. — Précisons tout d'abord le principe de validité des marchés à terme. Quelles opérations faut-il considérer comme incontestablement valables en vertu de ce principe ?

Toute convention qui implique pour les parties les

obligations respectives de livrer certaines marchandises ou valeurs, et de payer un prix convenu, à une date plus ou moins éloignée, réunit les éléments constitutifs d'un marché à terme. Elle est par suite valable, puisque la généralité des termes de la loi ne permet ni distinctions, ni restrictions au principe.

Nous appliquerons sans difficulté ces idées aux marchés fermes, c'est-à-dire qui n'offrent aux parties aucun moyen de se dédire, de se soustraire aux conséquences de la convention. Ces marchés peuvent porter sur des marchandises ou des denrées : on les appelle alors plus proprement marchés à livrer. Ils peuvent avoir pour objet des valeurs de Bourse. Dans tous les cas il est logique d'en admettre la validité : ce sont des opérations sérieuses, impliquant il est vrai certain esprit de spéculation, mais très différentes du jeu, en ce que leur but n'est pas seulement de réaliser un bénéfice si certains événements aléatoires se produisent, mais encore de modifier certains éléments du patrimoine, d'y faire entrer certaines valeurs en en faisant sortir d'autres.

Lors donc que le marché s'exécute dans sa teneur primitive, lorsqu'au terme fixé le vendeur fait livraison à l'acheteur, et que celui-ci paie son prix, l'opération est à l'abri de toute critique. Mais les parties peuvent procéder autrement. Elles calculent le bénéfice que l'opération procure à l'une d'elles en tenant compte des changements qu'a subis le cours des valeurs qui faisaient l'objet du marché. Celles des deux parties à qui l'opération est désavantageuse verse à l'autre le montant de ce bénéfice. Il n'est donc plus question d'exécuter le marché dans sa

teneur primitive : on dit alors qu'il se règle par le paiement de simples différences.

L'art. 1 déclare régulière cette façon de procéder. Et il ne distingue pas. Ce peut être seulement à l'échéance que les parties se sont décidées d'un commun accord à adopter ce mode simplifié de règlement.

L'entente entre les parties peut être antérieure à l'époque du règlement, tout en restant postérieure à la conclusion du marché. Dans les deux cas la convention est également valable, ainsi qu'il résulte de la formule générale de l'art. 1.

Faut-il critiquer la loi sur ce point ? Non certainement. Sans doute, lorsque le marché se règle par le paiement de différences, son caractère essentiel disparaît. Les choses se passent en fait comme si les parties avaient voulu jouer sur les cours. Néanmoins l'opération ne change pas de caractère et reste un marché à terme. La convention par laquelle les intéressés conviennent de s'acquitter par le paiement de différences ne peut être envisagée isolément. Elle se rattache à une autre convention dont elle n'est que l'accessoire, et cette convention est un marché à terme sérieux dont la validité ne peut être mise en doute.

Très fréquemment les marchés fermes sont faits à découvert. Il y a découvert lorsque le vendeur ou l'acheteur à terme n'ont pas en leur possession les sommes ou les valeurs promises ; cette circonstance de fait ne peut théoriquement influer en rien sur la validité du marché, pour laquelle il suffit que les parties soient respectivement obligées l'une à livrer, l'autre à payer son prix. —

Mais il convient de remarquer que dans l'hypothèse où les parties n'entendent point faire un marché sérieux, mais simplement spéculer sur les différences de cours, elles opèrent toujours à découvert. Aussi avant 1885 avait-on pu conclure de certains textes du Code de commerce et du Code pénal que la loi prohibait les marchés à découvert et les considérait comme des conventions de jeu nulles aux termes de l'art. 1965. La loi de 1885, pour dissiper toute équivoque, abroge ces textes que nous avons déjà signalés.

Ce sont tout d'abord les articles 421 et 422 C. pénal (art. 2 de la loi). Ces articles punissaient de peines correctionnelles les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics et considéraient comme des paris de ce genre les marchés à terme à l'égard des vendeurs à découvert, tous spéculateurs à la baisse. C'est une idée que nous avons déjà relevée dans l'ancien droit que les spéculateurs à la baisse sur les fonds publics étaient des ennemis de l'État. Ces dispositions étaient exceptionnelles, car le jeu ne constitue pas en principe un délit. Elles jetaient un grand discrédit sur les marchés à terme d'effets publics, les juges étant facilement disposés à appliquer l'exception de jeu à des opérations qui pouvaient constituer des délits, bien qu'en fait les art. 421-422 C. pén. ne fussent pas fréquemment appliqués (1).

La loi abroge encore (art. 3 inf.) les art. 85 al. 3 et 86 C. com.

L'art. 85 al. 3 défendait aux agents de change de rece-

(1) V. cependant C. 9 mai 1857 ; D. 57, 1, 146.

voir ou de payer pour le compte de leurs clients, ce qui devait s'entendre en ce sens que les agents de change ne peuvent faire d'avances à leurs clients, ne peuvent payer pour eux sans avoir reçu provision. On avait invoqué cet art. 85-3° C. com. en faveur de l'illégalité des marchés à terme.

L'art. 86 défendait également aux agents de change de se rendre garants des opérations dans lesquelles ils s'entremettaient, ce qui voulait dire non pas qu'ils ne pouvaient s'obliger, car ils s'obligent envers leurs confrères, le nom de leur client restant toujours secret, mais qu'ils ne pouvaient s'obliger qu'autant qu'ils étaient couverts par la remise des sommes et des titres, disposition qui pouvait paraître inconciliable avec la validité des marchés à terme faits à découvert.

Enfin l'art. 4 de la loi modifie l'art. 13 de l'arrêté du 27 prairial an X pour le mettre en harmonie avec la validité des marchés à terme. Cet article était ainsi conçu : « Chaque agent de change (*devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète*) est responsable de la livraison ou du paiement de ce qu'il a vendu ou acheté ; son cautionnement sera affecté à cette garantie. »

On a supprimé la partie entre parenthèses, qui impliquait la prohibition des marchés à découvert.

Ainsi donc la loi reconnaît la validité des marchés fermes : qu'ils soient exécutés d'une manière effective, ou qu'ils se règlent par le paiement de simples différences, qu'ils soient faits à couvert ou à découvert, peu importe. Le principe doit être appliqué de la manière la plus générale.

Mais les marchés fermes ne sont pas les seuls marchés à terme que connaisse la pratique. Il est d'autres formes tout particulièrement usitées dans les affaires de Bourse : les marchés à prime et les reports. Ces opérations dont on n'avait guère pu contester sérieusement la légitimité avant 1885 sont certainement valables. Disons rapidement en quoi elles consistent.

Les marchés à prime sont des marchés à terme dans lesquels il est convenu que l'acheteur pourra à l'échéance, soit recevoir livraison des titres, soit se libérer de ses engagements en payant un dédit arrêté à l'avance. L'acheteur se garantit ainsi contre le risque.

Avant la loi de 1885, on avait soutenu que ces marchés étaient nuls, quelque opinion que l'on adoptât relativement à la validité des marchés à terme. On invoquait l'art. 1174 C. civ., qui déclare nulle l'obligation contractée sous une condition protestative de la part de l'obligé.

L'argument n'était pas sérieux. Pour que l'obligation soit nulle, il faut que la condition dépende de la seule volonté de l'obligé. Or ce n'est pas le cas : car si l'acheteur est maître de se dédire, il est tenu de payer la prime (1).

Quant au report, c'est une opération assez complexe qui consiste à acheter des titres au comptant ou à terme en les revendant en même temps à terme ou à un terme plus éloigné. Il faut bien s'entendre sur ce qu'est le report.

J'achète des titres à terme ou au comptant, puis, profi-

(1) C. 21 janv. 1878 ; S. 1878, 1, 269.

tant de la variation des cours, je les revends. Ce n'est pas un report, parce qu'il y a eu deux opérations successives et distinctes ; l'achat et la revente.

Dans le report, l'achat et la revente sont simultanés.

Un exemple fera comprendre ce qu'est le report.

Pierre a entre les mains 100.000 francs dont il n'a le placement que dans deux mois. D'ici là il ne veut pas laisser cet argent improductif. Il achète à Paul pour 100.000 francs de rente 3 0/0 au comptant à 100 francs, mais il les lui revend de suite à terme pour 100 fr. 50. Pierre a ainsi placé son argent avantageusement. Quant à Paul, il se procure immédiatement une somme dont il pouvait avoir besoin et il continuera à profiter des chances de hausse de la valeur. Le report a encore de nombreuses applications de détail dans lesquelles les limites de cette étude ne nous permettent pas d'entrer.

Avant 1885, la validité des reports n'était pas contestée. La jurisprudence décidait seulement que si, à l'occasion d'un report, il était constaté qu'il ne devait y avoir, ni livraison des titres ni paiement du prix, mais paiement de simples différences, l'exception de jeu était opposable.

II. — Nous avons ainsi défini les diverses opérations qui rentraient dans la notion des marchés à terme, opérations que la loi de 1885 considère comme valables et régulières à ce titre. Il nous faut maintenant nous attacher exclusivement au second des principes que nous avons dit se dégager de l'article 1er. Notre législation présume dans tous les cas valables les conventions que les parties auront qualifiées marchés à terme. Nous avons déjà laissé

entendre que de graves difficultés s'élevaient au sujet de cette présomption.

Quelle en est la nature? On sait que les présomptions légales sont de deux sortes. Les unes, que les interprètes qualifient traditionnellement et sans que le sens originaire de cette expression soit bien établi, de présomptions *juris* et *de jure,* sont absolues, irréfragables. Elles n'admettent pas la preuve contraire. Elles sont d'ordre public. Les autres sont d'une valeur moindre. On peut leur enlever toute autorité, en prouvant qu'elles ne sont pas conformes à la réalité des faits. Elles admettent la preuve contraire. Ce sont les présomptions *juris tantum*.

Dans quelle catégorie faut-il donc placer la présomption qui nous occupe, auquel des deux types la rattacher?

Il se peut que l'opération que les parties disent être un marché à terme ne soit en réalité qu'un jeu Non seulement elle doit se liquider par le paiement de simples différences, mais encore les parties n'ont à aucun moment entendu s'obliger, l'une à livrer les valeurs qui faisaient l'objet du prétendu marché, l'autre à en payer le prix. Il est clair qu'on se trouve en présence d'un simple pari sur la différence des cours, c'est-à-dire d'une convention que la loi déclare illicite, et qui ne peut à notre sens engendrer d'obligations (art. 1965). Va-t-il donc être permis à celui des contractants qui y aurait intérêt de se prévaloir de l'exception de jeu en établissant qu'il y a simulation, que l'opération ne constitue pas, en réalité, un marché à terme? Non, si la présomption de validité, qu'élève la loi en faveur de la convention, est irréfragable. Oui, si elle n'est pas absolue et peut être combattue par la preuve

contraire. En d'autres termes, il s'agit de savoir si la disposition finale de l'art. 1 : « Nul ne peut se soustraire aux obligations qui en (des marchés à terme) résultent, se prévaloir de l'art. 1965 C. civ. », implique l'abrogation en cette matière des dispositions restrictives du Code civil, relatives au jeu et au pari.

Nous estimons, avec une jurisprudence aujourd'hui bien arrêtée, qu'il n'en est rien. Le jeu de Bourse tombe sous le coup de l'art. 1965. Ainsi, lorsque les parties s'entendent au moment de la conclusion du marché pour régler l'opération par le paiement de simples différences, elles font un pari sur la hausse ou la baisse des cours. Ce pari constitue une convention sans caractère obligatoire. Le gagnant ne pourra s'en prévaloir en justice pour obtenir le paiement de son gain. Mais le perdant reste libre de payer volontairement ce qu'il doit en vertu du marché fictif (art. 1967).

Tel est notre système et celui de la jurisprudence. On lui adresse tout d'abord des objections théoriques déjà présentées avec une grande force lors de l'élaboration de la loi par les partisans de la validité des marchés fictifs.

Notre doctrine implique, dit-on, le droit pour les tribunaux de rechercher les intentions des parties. Cette recherche est pleine d'incertitudes et de dangers : elle conduit à l'arbitraire, elle laisse planer sur le sort des opérations les plus sérieuses, une incertitude fâcheuse. Les transactions doivent souffrir de cette insécurité, s'en trouver ralenties.

Ces craintes sont un peu chimériques. Est-il question de rechercher les intentions des parties ? Nullement.

Leurs intentions à peu près impossibles à connaître, ce sont leurs mobiles individuels, leur pensée de derrière la tête. Ces intentions n'ont pas de valeur juridique. Il s'agit de savoir ce dont elles sont convenues. Or cette recherche de la volonté des parties, lorsqu'elles ont eu recours, comme dans l'espèce, à une simulation, n'a rien que de très normal, de très pratique, et n'offre pas de dangers d'arbitraire.

A un tout autre point de vue on fait valoir que le jeu de Bourse ne peut être assimilé aux jeux de hasard. Les bénéfices qu'en retire le joueur sont la rémunération de ses études, de sa connaissance approfondie de la situation financière, de son esprit d'à propos. — Admettons-le, encore que le hasard joue un rôle considérable dans ces opérations. Des événements politiques imprévus peuvent renverser les calculs les mieux établis, changer une opération avantageuse en une spéculation ruineuse. Mais de quelle utilité le jeu de Bourse est-il au point de vue social? Il aboutit à un simple déplacement des fortunes, toujours dépourvu d'avantages positifs, et très souvent dangereux, dangereux en ce que la petite épargne y est toujours engloutie et qu'il aboutit à l'accumulation fâcheuse de capitaux énormes dans les mains de quelques privilégiés. Les petits spéculateurs sont toujours sacrifiés à la Haute Banque qui, par les influences et les sommes dont elle dispose, imprime au marché les tendances qui conviennent.

Le jeu de Bourse est encore fâcheux à un autre point de vue : il a pour résultat direct de créer des cours artificiels pour certaines valeurs; ces cours fictifs aboutissent

en général à des krachs, qui réagissent sur l'ensemble du marché et le désorganisent.

Ces inconvénients justifient très suffisamment, à nos yeux, l'application rigoureuse de l'art. 1965 au jeu de Bourse. Il est vrai que l'équité s'en trouve peut-être un peu froissée. Le joueur malheureux reste maître de payer ce qu'il a perdu. S'il paie dans un esprit très louable de délicatesse et d'honneur, il ne peut répéter ce qu'il a soldé. On va donc favoriser les spéculateurs malhonnêtes, ceux qui n'exécutent pas leurs engagements, au détriment des joueurs consciencieux qui tiennent ce qu'ils ont promis. Pratiquement les choses ne se passent pas ainsi, l'usage s'étant introduit à la Bourse « d'exécuter » le joueur qui ne remplit pas ses engagements. Il faut donc solder les différences convenues ou renoncer à se livrer dans l'avenir au jeu de Bourse. L'exception de jeu protège ainsi les spéculateurs imprudents sans violer aucun intérêt légitime.

Mais notre doctrine, fondée en théorie, est-elle conforme aux textes ? On le conteste et l'on soutient, sans grande apparence de raison, que le législateur a entendu en 1885 réaliser une réforme radicale, rompre avec les anciens errements et consacrer la validité des marchés fictifs (1).

En ce sens on invoque la rédaction première de l'art. 1, telle que l'avait arrêtée la Chambre des députés : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résul-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. IV, nº 982. — Berthélemy, *Annales de dr. commerc.*, 1887, p. 295.

tent (des marchés à terme), invoquer l'art. 1965 Code civil, lors même qu'*ils devraient se résoudre* par le paiement de simples différences. » Cette rédaction impliquait, dit-on, la validité des marchés qui dès l'origine devaient se résoudre par le paiement de différences. Le Sénat a malheureusement corrigé la formule adoptée par la Chambre. Mais cette correction implique-t-elle une variation dans la doctrine ? Non, d'autant moins que le rapporteur, M. Naquet, en a nettement défini l'objet. On n'a pas voulu valider « des conventions nouvelles inconnues jusqu'ici, innommées, que l'on ne saurait assimiler à un marché et par lesquelles, au moment même de la transaction, les parties s'engageraient *par écrit* à ne pas exiger la livraison, à ne pas l'imposer et à résoudre l'opération par le paiement d'une simple différence (1). »

Mais, de l'aveu même de M. Lyon-Caen qui la critiquait vivement, cette rédaction avait une tout autre portée : « Le projet, tel qu'il est sorti des délibérations du Sénat, écrivait-il dans le journal *la Loi* (2), exclut bien l'exception de jeu quand le marché, sérieux à *l'origine*, se résout pourtant par le paiement de différences. Il laisse au contraire aux tribunaux la faculté de l'admettre quand ils jugent, d'après les circonstances, que dès l'origine il y a eu volonté de ne pas arriver à une livraison effective. Le projet du Sénat est donc purement et simplement sur ce point la confirmation de la jurisprudence actuelle. Il laisse la porte ouverte à l'exception de jeu

(1) Sirey, *Lois annotées*, 1885, p. 771.
(2) *La Loi*, 4 mars 1885.

dans tous les cas où elle est admise actuellement par les tribunaux. »

Ces critiques n'ont pu échapper à l'attention de la Chambre appelée à voter le texte remanié par le Sénat. Elle n'en a pas tenu compte. Nous en conclurons qu'elle a précisément entendu consacrer le système que M. Lyon-Caen voulait faire écarter (1).

Cependant on insiste et l'on place la question sur un autre terrain. L'art. 1er établit une présomption légale de validité des marchés à terme. Or il a été affirmé dans les travaux préparatoires que cette présomption était de celles qui ne pouvaient être combattues par la preuve contraire. Comme on avait insisté sur les dangers que présentait la recherche des intentions des parties, le rapporteur, M. Naquet, dit : « Les jurisconsultes qui faisaient partie de la

(1) Il semble, du reste, qu'à aucun moment il ne soit entré dans les intentions du législateur d'admettre la validité des marchés fictifs. Le rapporteur de la Commission extra-parlementaire s'en expliquait avec beaucoup de netteté. « Il n'est pas possible, disait-il, d'ériger en présomption légale absolue qu'une opération ne constitue pas un jeu par cela seul qu'elle a été qualifiée du nom de marché à terme. Autrement rien n'empêcherait de faire un pari sur la hausse ou la baisse, et pour se procurer une action en justice de lui donner la forme d'un marché à terme. Les tribunaux ont toujours le droit de constater qu'un acte a été simulé pour se soustraire à la loi. » (Sirey, *Lois annotées*, 1885, *loc. cit.*)

Il est vrai que la Chambre n'a pas adopté la rédaction que lui proposait la Commission extra-parlementaire. Elle en a adopté une toute différente que nous avons indiquée. Dans quel but ? C'est qu'on a craint que la jurisprudence ne modifiât l'économie de la loi, qu'elle n'imposât à la partie qui se prévaut d'un marché l'obligation de faire la preuve de la régularité de ce marché. C'eût été rendre illusoire le principe de validité des marchés sérieux, principe qu'on voulait soustraire à toute discussion.

commission nous ont pleinement rassurés sur ce point. D'après eux, avec le texte actuel, tous marchés à terme ou à livrer étant reconnus légaux, même lorsqu'ils se résolvent par le paiement de simples différences, les intentions des parties ne pourront en aucun cas être recherchées, et les dangers d'interprétation redoutés de la minorité n'existent pas. Ils citent à leur appui l'article 1352 ainsi conçu : « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. — Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaire. »

« Ici, disait le rapporteur, il n'est fait aucune réserve ; nul ne pourra donc invoquer aucune preuve contre la validité d'un marché en invoquant l'exception de jeu (1). »

La jurisprudence n'a pas eu de peine à montrer que le rapporteur s'était gravement mépris sur le sens de l'article 1352. Le principe, c'est que les présomptions légales peuvent être combattues par la preuve contraire ; elles ne sont pas irréfragables. Cependant la loi décide que dans certains cas exceptionnels la présomption légale n'admet pas de preuve contraire. « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice. » (Art. 1352.)

Les présomptions sur le fondement desquelles la loi

(1) Sirey, *Lois annotées*, 1885, *l. cit.*

déclare certains actes valables ne sont donc pas irréfragables. La présomption établie par l'article 1er de la loi de 1885 est au nombre de celles-là.

Nous déciderons donc, avec la jurisprudence, que si le marché n'a jamais dans l'intention des parties dû s'exécuter par la livraison effective, il y a pari sur la hausse ou la baisse ; la convention tombe sous le coup de l'article 1965 : le perdant peut en invoquant l'exception de jeu se refuser à tenir ses engagements (1).

C'est l'application pure et simple du droit commun, quand il y a simulation. Nous avons vu en étudiant les conditions d'exercice de l'exception de jeu que lorsque les parties dissimulaient la dette de jeu sous les apparences d'une obligation licite, ayant sa cause, par exemple, dans un prêt fictif, c'était au débiteur de prouver la fausseté de la cause et d'établir par là même la recevabilité de l'exception de jeu. Il en ira de même ici. C'est au perdant de prouver que le marché à terme n'était pas sérieux.

Comment fera-t-il cette preuve ? Si l'on appliquait les règles du droit commun, il faudrait répondre : par tous moyens, par témoins et même par simples présomptions. Il s'agit de prouver une fraude à la loi. Les articles 1341 et 1343 ne sont donc pas applicables.

Cependant la jurisprudence manifeste des hésitations.

(1) Paris, 19 juin 1885 ; S. 86, 2, 7. Paris, 20 févr. 1892 ; D. 92, 11, 269. Paris, 30 juin 1894. Angers, 8 juill. 1895 ; S. 95, 11, 259. Note de M. Wahl, *Pand. fr.* 1897, 11, 113. Note de M. Buchère. Paris, 3 mai et 22 novembre 1895. *La Loi* du 15 janv. 1896.

Adde : Lacoste, *Rev. crit.*, 1889, p. 261 et suivantes. Buchère, *Opér. de Bourse*, nos 472-473. Guillouard, *Contr. aléatoires*, nos 115 et 116. Sarrut, note Dalloz, 1885, II, 121 et suivantes.

Quelques arrêts et un grand nombre d'auteurs (1) exigent une preuve écrite. On invoque en ce sens, à défaut d'une disposition précise du texte, les déclarations du rapporteur au Sénat, et la controverse que nous venons d'exposer renaît sur une nouvelle forme.

On n'a pas voulu, dit M. Naquet, valider « des conventions moins utiles, peu usitées jusqu'à présent, par lesquelles les parties prendraient au moment de la transaction l'engagement écrit de ne pas exiger la livraison et de résoudre le marché en une simple différence ».

Ainsi, toutes fois que le tribunal, pour déterminer la nature du marché, serait obligé de rechercher d'après les circonstances du fait les intentions des parties, la loi l'arrête, dans la crainte de l'arbitraire. S'il y a un écrit, cet arbitraire n'est plus à redouter : les intentions des parties deviennent indifférentes, on connaît leur volonté expressément manifestée.

Nous croyons que des déclarations faites lors de l'élaboration de la loi, si formelles fussent-elles, ne peuvent, lorsque le texte ne s'y prête pas, faire obstacle à l'application des principes généraux. Pour sortir de la règle, il faut y être autorisé par un texte.

D'ailleurs il n'y a pas lieu de faire grand fonds sur les déclarations du rapporteur. Il ne paraît pas du tout avoir

(1) Paris, 6 juin 1885 ; S. 86, 11, 1. Dijon, 18 mars 1891 ; S. 92, 11, 253.

Baudry-Lacantinerie, *Cours*, t. III, n° 886 *ter*. Lyon-Caen et Renault, *Tr. de Dr. comm.*, t. IV, n° 982. Deloison, *Tr. des val. mob.*, n° 477. Badou Pascal, *des Marchés à terme, Dr. fin.*, 1894, p. 471 et suivantes. Huc, Thèse, p. 151 à 153.

compris la question de droit qui se posait sur l'article 1. Après avoir admis la possibilité d'une preuve écrite, ne déclarait-il pas, dans un passage que nous avons cité, que la présomption établie par l'article 1 était, aux termes même de l'article 1352, une présomption irréfragable et qu'elle n'admettait aucune preuve contraire, même écrite (1) ?

En présence de ces contradictions, il faut s'en tenir au texte et dire, avec une jurisprudence de plus en plus arrêtée, que les tribunaux peuvent, d'après les circonstances de la cause, juger si le marché est réel ou fictif, et si l'exception de jeu doit être admise (2).

Il reste à se demander quelle est la portée pratique du système que nous avons adopté ; dans quelles hypothèses l'exception de jeu pourra être invoquée, les parties étant convenues, dès l'origine, de régler le marché par différences ?

Ici la jurisprudence restreint considérablement le champ d'application de l'article 1965. Quand nous parlons de marchés à terme, nous avons toujours en vue les marchés ayant pour objet des valeurs de Bourse. Pratiquement, les marchés à livrer, portant sur des denrées, ou des mar-

(1) Il n'y a peut-être pas contradiction entre les deux passages du rapport. Mais il faut entendre alors les paroles du rapporteur en ce sens que si le marché est sérieux, s'il fait naître l'obligation de livrer, il est toujours valable, alors que l'*intention* secrète des parties aurait été de jouer. Donc la preuve de la simulation est possible, le marché n'étant plus sérieux et couvert par la présomption de validité. Mais c'est alors une erreur juridique de croire la preuve écrite nécessaire.

(2) Paris, 3 mai et 22 nov. 1895. Trib. comm. Seine, 17 août 1895. *Gaz. Pal.*, 8 janv. 1896 ; Wahl, note 5, 95, 11, 257.

chandises quelconques, ne servent pas à déguiser des opérations de jeu.

Ces marchés qui ont pour objet des valeurs de Bourse sont habituellement, régulièrement accomplis par l'intermédiaire des agents de change. Or, la jurisprudence décide que la loi de 1885 crée une présomption irréfragable de validité en faveur des marchés à terme d'effets publics et de valeurs cotés à la Bourse, opérés par l'intermédiaire d'un agent de change (1).

Ainsi toutes les fois que les parties ont recours à l'entremise d'un agent de change, elles ne peuvent invoquer l'exception de jeu, alors même que leur intention commune aurait été à l'origine de régler l'opération par le paiement de différences, de jouer à la Bourse.

La raison en est dans les formes spéciales que les agents de change sont tenus d'observer. Il ne peut y avoir jeu de Bourse si les parties ne conviennent explicitement ou implicitement de jouer. Une pareille convention ne peut exister qu'entre personnes qui sont mises en rapport direct, qui se connaissent. Or, l'agent de change ne traite pas directement avec la contre-partie, au nom de son client; il traite en son nom propre avec un de ses confrères. Le client que représente ce confrère lui est inconnu. Ce peut être un acheteur sérieux, ce peut être simplement un joueur. Il n'en sait rien. L'achat, la vente convenus seront donc exécutés réellement. Si par hasard il se trouve que les deux parties

(1) Nancy, 1re ch., 9 décembre 1895. *Rec. arrêts de Nancy*, 1895, 10e livr.

étaient des joueurs, tout se réglera par le paiement de différences, mais c'est une rencontre fortuite.

Pour qu'il y eût convention de jeu, il faudrait que l'agent de change n'exécutât pas réellement les ordres de son client, qu'il en prît note seulement sur son carnet pour constater les différences. Il se constituerait ainsi le contre-parieur de son client. Mais cela n'arrive jamais. L'agent de change, qui préfère toucher son droit de commission et ne pas courir le risque d'une opération aléatoire, cherchera toujours une contre-partie que lui procurera son confrère et qui lui restera inconnue.

Il faut donc conclure avec M. Labbé (1) : « Qu'il faut bannir du langage l'expression : marchés fictifs, quand les marchés ont été réalisés au Parquet de la Bourse. L'expression exacte est celle-ci : Marchés destinés, dans l'intention d'une partie ou peut-être des deux parties, sans qu'elles se soient entendues, à être résolus, terminés par le paiement d'une différence. »

L'article 1965 ne s'applique donc aux marchés à terme que lorsqu'ils ont été conclus par l'entremise d'un intermédiaire sans qualité : banquier, remisier, coulissier, ou lorsqu'ils ont été conclus directement par les parties sans l'entremise d'un tiers.

Mais nous allons voir, en étudiant ces hypothèses très pratiques, que le rôle de l'exception de jeu n'est que secondaire.

L'article 76 du C. comm. prescrit de recourir au ministère d'un agent de change, pour toute négociation d'effets

(1) Labbé, note Sirey, 1886, II, 1 et suivantes.

publics ou de valeurs cotés à la Bourse. La sanction de ce texte est la nullité de la négociation qui n'a pas été faite dans les formes prescrites.

Que faut-il entendre par négociation ?

Il a toujours été admis que le propriétaire d'un titre coté à la Bourse, pouvait le vendre à un tiers de gré à gré au comptant. Cette vente ne constitue pas une négociation, car elle exclut l'idée d'un intermédiaire (1).

Au lieu d'une vente au comptant, supposons un marché à terme. Les parties ont eu recours à l'entremise d'un tiers, d'un banquier par exemple. Nous sommes en présence d'une négociation, soumise pour sa validité à l'article 76 C. comm. Il se peut que l'opération soit fictive, qu'elle ne constitue en réalité qu'un jeu ; comme elle se présente sous les apparences d'un marché à terme, elle n'en doit pas moins, à peine de nullité, s'exécuter par le ministère d'un agent de change. Donc les parties n'ont pas besoin d'invoquer l'article 1965 du C. civ., pour se soustraire aux obligations que leur impose le marché. C'est là un point certain, à supposer, bien entendu, que le marché porte sur des valeurs cotées à la Bourse. S'il s'agissait de valeurs en banque, de ces valeurs qui se négocient normalement par l'intermédiaire des coulissiers, l'article 76 C. com. ne serait plus applicable. L'article 1965 devrait être nécessairement invoqué par les intéressés.

Pratiquement il se peut que les parties n'aient pas eu recours à un intermédiaire, qu'elles aient conclu direc-

(1) Lyon-Caen et Renault. *Tr.*, t. I, n° 1462. Buchère, *Traité des opér. de Bourse*, 3e éd., n° 307. Cass., 4 mars 1885 ; S. 85, 1, 169 — 26 mai 1886. *Pand. fr.*, 1887, 1, 49 — 18 décembre 1888. S. 89, 1, 112.

tement le marché fictif. Très souvent ce sera un banquier qui se constituera ainsi la contre-partie du joueur. Que l'article 1965 soit applicable à cette hypothèse, cela n'est pas douteux. Mais il faut se demander si l'article 76 du C. comm. ne peut pas être également invoqué. S'il s'agit d'une négociation nulle, comme irrégulière en la forme, le rôle de l'exception de jeu devient secondaire comme dans l'hypothèse précédente.

La question est très débattue. Avant 1885, plusieurs arrêts de la Cour de Paris (1) avaient décidé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer le monopole des agents de change aux opérations qui devaient se résoudre par le paiement de simples différences. La raison en était qu'il est difficile d'admettre que la loi donne aux agents de change qualité pour accomplir des opérations qu'elle considère comme illicites. Il est vrai qu'*a priori* on ne pouvait dire si l'opération était sérieuse, et ne constituait qu'un pari sur la différence des cours. Mais la jurisprudence avait admis, à diverses reprises, que la forme même du marché à terme impliquait présomption de jeu.

Aujourd'hui la loi déclare les marchés à terme valables, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement de simples différences. A raison même de sa forme, toute opération qui se présente sous l'aspect d'un marché à terme est réputée sérieuse. Elle doit donc, à peine de nullité, être accomplie par l'intermédiaire d'un agent de change, si elle porte sur les valeurs cotées à la Bourse.

(1) Paris, 5 janv., 15 et 18 févr. 1884, 25 avr. 1885. *La Loi*, 13 mai 1885.

La jurisprudence est aujourd'hui bien arrêtée en ce sens (1). On a vivement critiqué cette solution comme contraire à la règle traditionnelle : « Ne prend courtier qui ne veut. » Cependant, elle semble bien impliquée par ce fait qu'il s'agit de marchés se réglant par le paiement de différences dont le taux ne peut être légalement attesté que par un officier public. Du reste, cette solution s'impose si l'on ne veut porter une atteinte grave au monopole des agents de change, en permettant aux banquiers de se substituer à eux, en se présentant comme la contrepartie de leurs clients.

Il est donc permis de croire cette jurisprudence définitive. Elle ôte singulièrement de l'intérêt à la controverse que nous venons d'exposer.

En somme, l'application de l'article 1965 aux marchés fictifs ne présente d'intérêt que s'il s'agit de marchés portant sur des valeurs non cotées à la Bourse, et accomplis soit par l'entremise d'un tiers banquier ou coulissier, soit directement entre les parties. Il est donc vrai de dire que si, théoriquement, l'exception de jeu reste la règle en matière de marchés fictifs, pratiquement, elle ne présente aucune importance. A côté, et en dehors du texte de la loi de 1885, la jurisprudence a construit un système original, donnant par des moyens souvent détournés satisfaction aux intérêts en présence; système hybride, mais à coup sûr satisfaisant pour l'esprit, car une forte logique en relie les parties.

(1) Cass., 21 mars 1893 ; S. 93, 1, 211, note Lyon-Caen. D. 1894, 1, 9. Paris, 30 juin 1894 (2 arrêts). Angers, 8 juill. 1895. *Pand. fr.*, 1897, 11, 113, note Bachère.

Pour en terminer avec la loi de 1885, il faut signaler une question qui avec le temps a perdu tout intérêt d'actualité. On s'était demandé si cette loi devait rétroagir. La jurisprudence avait admis sans hésitation que la loi n'avait pas d'effet rétroactif. Ce n'est pas une loi d'ordre public, elle est fondée, comme on l'a très justement fait observer, sur des motifs d'ordre public, mais elle ne règle que des intérêts privés. Elle ne saurait donc s'appliquer aux opérations conclues avant sa mise en vigueur (1).

Deux idées dominent et expliquent les solutions de la jurisprudence en matière de marchés à terme. Il importe d'empêcher le jeu, de le réprimer ; mais d'autre part il faut que les négociations faites à la Bourse soient entourées de toutes les garanties désirables. Ces idées on les retrouve dans les législations étrangères.

En Suisse, où le Code fédéral de 1881 décide (art. 512) :

« Le jeu et le pari ne donnent lieu à aucune action en justice. Il en est de même des avances des prêts faits sciemment en vue d'un jeu et d'un pari et de *ceux des marchés à terme sur des marchandises ou valeurs de Bourse qui présentent les caractères du jeu ou du pari*. »

En Belgique, où le nouveau Code pénal n'a pas reproduit les articles 421 et 422 C. pén., mais où aucune loi spéciale n'est venue sur ce point modifier les textes du

(1) Lyon-Caen et Renault, *l. c.*, n° 983. Guillouard, n° 119. Hue, Thèse, p. 153 et 154. Dijon, 24 avr 1885. Paris, 25 avr. 1885. Montpellier, 7 mai 1885. Lyon, 4 juin 1885; S. 86, 11, 1. — Labbé, note Sirey, 1886, 11, 1 C 18 avr. 1887 ; S. 87, 1, 157. Rapport de M. le conseiller Lepelletier. C. 12 juillet 1888. D. 89, 1, 11. *Contra* : Paris, 6 et 19 juin 1885. S. 86, 11, 7.

Code civil, la jurisprudence admet la validité du marché à terme, à moins qu'il ne déguise une opération de jeu. Au demandeur de prouver que les parties n'avaient pas l'intention l'une de vendre, l'autre d'acheter, qu'elles n'avaient d'autre objet que de spéculer sur la hausse et sur la baisse. Preuve qui peut être faite par tous moyens. (Laurent, t. XXVII, n° 227.)

En Italie, où la loi du 13 septembre 1876, article 2, décide qu'aucune action en justice n'est admise pour les marchés à terme, lors même qu'ils n'auraient pour objet que le paiement de différences, mais où la jurisprudence admet l'exception de jeu toutes fois qu'il résulte des circonstances de fait que l'opération n'est pas sérieuse (1).

En Autriche, l'article 13 du 1er avril 1875 décide que dans les procès relatifs à des opérations de Bourse, l'exception de jeu n'est jamais admissible. Mais le pouvoir d'appréciation des juges reparaît lorsqu'il s'agit de marchés à terme conclus en dehors de la Bourse.

En Allemagne, la jurisprudence de la Cour suprême de l'Empire décide que la preuve du caractère fictif du marché ne peut se faire que par une déclaration expresse et indiscutable contenue dans le contrat. On protège ainsi les opérations accomplies à la Bourse ; mais on ne fait pas une assez large part au droit pour les parties de prouver de la simulation lorsqu'il y a lieu.

En somme, les différences sont peu accusées entre les diverses législations, ce qui s'explique par l'identité des besoins économiques. Des conflits de lois sont cepen-

(1) Vidari, *Corso di diritto commerciale*, IV, p. 441.

dant possibles. Le juge les tranchera, conformément au principe que nous avons déjà développé, en appliquant sa loi nationale, celle du lieu où l'exécution du marché est poursuivie. C'est en effet une question d'ordre public dans chaque pays, que de savoir si l'exception de jeu y peut être invoquée.

Vu :
Le Doyen,
LE COURTOIS.

Vu et permis d'imprimer :
Poitiers, le 25 juillet 1898.
Le Recteur,
H. CONS.

Vu
Par le Président de la thèse,
SURVILLE.

Poitiers. — Soc. française d'imprimerie et de librairie (Oudin et Cie).